خلاصة الدلائل
وتنقيح المسائل
في شرح القدوري

للإمام حسام الدين علي بن أحمد بن مكي الرازي الحنفي

المتوفى سنة ٥٩٨ هجرية

ومعه

بغية السائل على خلاصة الدلائل

للأستاذ الدكتور

صلاح محمد أبو الحاج

عميد كلية الفقه الحنفي

بجامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمان – الأردن



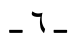
إصداراتنا الرقمية (١٧٢)

سلسلة التحقيقات العلمية (٤٦)

غاية السَّائل ....

..... على خلاصة الدَّلائل وتنقيح المسائل

في شرح القُدُوريّ ....



غاية السَّائل

على خلاصة الدَّلائل وتنقيح المسائل

في شرح القُدُوريّ

للأستاذ المشارك
الدكتور صلاح محمد أبو الحاج
عميد كلية الفقه الحنفي
في جامعة العلوم الإسلامية العالمية
عمان، الأردن

الجزء الثاني

مركز أنوار العلماء للدراسات

كتاب البيوع[1]

(١) من مميزات المعاملات الفقهية: إنَّ هذا الإقبال الإسلامي والعالمي على دراسة المعاملات الشرعية لم يأت من فراغ، بل لِما امتازت به من خصائص عديدة تميزها عن غيرها، ومن تجربتي لسنوات طويلة في تدريس المعاملات عند السادة الحنفية من كتبهم الأصيلة، تحصَّلت لدي فكرةٌ عامّة عن المعاملات، تُمثِّل الخطوط العريضة التي يسلكها فقهاؤنا في تقرير أبواب المعاملات، وتعتبر أسباباً لنجاح المعاملات الشرعية في تلبية أغراض الناس.

وأحاول هاهنا عرضها بصورة مختصرة؛ لأنَّ تمام بيانها وتفاصيلها وأمثلتها تتحقق بدراسة الأبواب الفقهية المختلفة، فهي تمثل التصور العام والكلي للمعاملات عند الفقهاء، فيسهل على الطالب فهم البناء الفقهي لمسائل المعاملات.

وهذه الميزات متداخلةٌ فيما بينها، ومع ذلك أَفردت كلاً منها بنقطةٍ مستقلةٍ؛ لتميّزها عن غيرها، ولإظهارها وتسليطاً للضوء عليها أكثر، وهي:

الأولى: أنَّ المعاملات تنظيمية لا تربوية:

إنَّ التَّشريعَ الإسلامي له جانبان: تربويّ، وتنظيميّ.

أمّا التربويّ: فهو يتجسَّدُ بصورةٍ واضحةٍ في العبادات التي تسعى سعياً حثيثاً إلى الارتقاءِ بإنسانيةِ الإنسانِ إلى أَعلى مراتبها، وتخليصِهِ من الصفاتِ الحيوانيةِ الذميمة، فعلى قدر التزام المسلم بدينه يرتقي سلوكه وأخلاقه وتصرفاته إلى أعلى مستويات الإنسانية، ويؤكد ذلك قوله ﷺ: «بعثت لأتمم مكارم الأخلاق» في سنن البيهقي الكبير ٨: ٤، وسنن الدارقطني ٣: ٣٠٤، وسنن أبي داود ٢: ٢٨٣، ومسند أحمد ٢: ١٨٢، ومكارم الأخلاق ص٧٨، قال الحاكم: صحيح الإسناد. ينظر: خلاصة البدر المنير ٢:

٢٥٧، والعبادات هي المحقِّقةُ لأفضل المكارم الخلقيةِ بالتخلصِ من الصفاتِ الذميمةِ والإخلاصِ لله تعالىٰ.

فمثلاً في الصلَاة يتعود الإنسان علىٰ الإخلاص لله ﷻ والتركيز الكامل في أفعال الصلاة أثناء أدائها وهو ما يسمّىٰ الخشوع، ومن أعظم أسرار النجاح في أي عمل هو الإخلاص له والتركيز الكلي فيه، فالمسلم يأخذ كل يوم خمس دروس في ترسيخ هذا السلوك في شخصيته، بحيث يكون جزءاً من حياته وَيُمَكِّنُهُ من النجاح الكامل في كل أموره.

والصلاة تنظم الأوقات للمسلم وتعرّفه أنَّ كلَّ وقت له عمل، وهذا سبيلُ النّاجحين في حياتهم، فمَن كان أقدر علىٰ تنظيم وقته وترتيب حياته وجعل لكلِّ وقتٍ عملاً كان أنجح في حياته.

وبقي أمرٌ لا بُدّ من الحديث عنه وهو أنَّ النّظريات التّربوية يتعرّف عليها بالتَّجربة؛ لأنَّها تتعامل مع طبيعة إنسانية وتقدم حلولاً لمشاكل فيها، ويظهر مع الزَّمن أنَّ هذه الحلول أكثر جدوىٰ، فهي تقاس بالتجربة والتطبيق أكثر من قياسها بمنظور العقل في ترتيب النتائج علىٰ المقدمات، ولذلك تجد أنَّ العقل لا يدرك العبادات في نفسها في ترتب النتائج عليها، ولكن التجربة أثبتت أنَّها قادرة علىٰ تعديل سلوك الإنسان إلىٰ ما هو أقوم وأفضل، فالله ﷻ خلق الإنسان، وهو أعلمُ بحاله وبما يحسنُ تصرّفاته وأخلاقه.

وأمّا الجانب التّنظيمي في التّشريع: فهو يتمثّل في النّكاح والطّلاق والمعاملات والقضاء والسّير والمواريث وغيرها، ففيها يسعىٰ الفقهاء إلىٰ تقديم أفضل حلول للحياة الإنسانيّة، ومَن قدَّم لنا أفضل ممّا عندنا لن نتوانا في الاستفادة والأخذ منه؛ لأنَّ المقصود منها إيجاد أفضل حياة بشريّة.

والفقيهُ في تحقيق ذلك له نوران: نور العقل، ونور الشرع.

فأمّا نور العقل: فبه يبذل قصارىٰ جهده في تقديم الطريق الأرشد والأفضل في حلّ المشاكل الحياتية، ويضيف إليه التجربة التّاريخية العميقة في هذا الجانب من قِبَل الفقهاء، ملاحظاً معرفة أهل الاختصاص في هذا الميدان، فما يقدمه غير المسلم في تنظيم الحياة الإنسانية لا يعدو كونه من نور العقل البشري، ومثلُه موجود بكماله عند الفقهاء ويُضاف إليه تجارب غيرهم من الفقهاء عبر التّاريخ حيث تعتبر مادة خصبة جداً من التجارب البشرية.

وأما نور الشرع: فهو يتمثَّل في أمور لا يُمكن للعقل إدراكها بنفسه لأوّل وهلة، وإنَّما تدرك بالنظر إلىٰ آثارها بعد مدة مديدة، فالشرع اختصر علينا الطريق وعرّفنا بها ابتداء، فلا حاجة لنا إلىٰ عملها حتىٰ نتعرَّفَ علىٰ ضررها، ومثال ذلك:

تبرج المرأة والزنا يجر علىٰ المجتمع من الويلات ما لا يعلمه إلا الله ﷻ، وهذا ظاهرٌ في المجتمعات الشرقية والغربية من انتشار الأمراض وحرمان المرأة من حقِّها في الزاوج ـ نتيجة تحقيق الرجل رغبته بالزنا واستغنائه عن المرأة ـ وخروج أجيال بلا أسرة تنتفع بتربيتها وتستمتع بحنانها، فمنعت الشريعة هذا السلوك ابتداء، لا بعد أن تتعذب أجيال بذلك ثم نكتشف هذه الحقيقة المرة.

وأيضاً: الرّبا، والقمار، وبيع الدين بالدِّين، وبيع ما لا تملك، ففيه من المضار التي علمت في هذا الزمان بسبب الكارثة الاقتصادية ما لا يخفىٰ، فالشريعة عرفتنا بمضاره ابتداءً وإن كانت هذا المضار لا تدرك بالعقل إلا بآثارها بعد تطبيقه مدة من الزمان، لكن الله ﷻ لم يتركنا نتعذّب دهراً قبل أنّ نتوصّل إلىٰ هذه الحقيقة، وقس علىٰ هذا غيرها من الأحكام الشرعية.

وعلىٰ كلٍّ تسعىٰ الشَّريعة إلىٰ تنظيم الحياة البشريّة بهذين النُّورين، اللذين لا يوجدان بتمامها عند غير المسلم المسترشد بنور الله ﷻ، فيتوصَّل إلىٰ أبدعِ تنظيمٍ وترتيبٍ لكلِّ جوانب حياته.

وملاحظةُ أنَّ المعاملات من الجانب التّنظيمي للإسلام أمرٌ في غايةِ الأهمية؛ لأنَّ تعاملنا معها على أنَّها تنظيماتٌ يُسهِّلُ علينا كثيراً فهم فروعها، ويُمكننا من تصورِها جيداً، ويُساعدنا في معرفةِ الرَّاجح فيها، ويُمكننا من تخريج المستجدات ـ كما سيأتي ـ.

الثانية: أنَّ أحكام المعاملات معلَّلة لا تعبديّة:

إنَّ المعاملاتَ مبنيّةٌ على عللٍ يجب مراعاتها عند قراءة فروعها، والأحكام متعلِّقة بهذه المعاني، وما يذكره الفقهاء من مسائل هي أمثلةٌ لقواعد مقرَّرة في كلِّ باب من أبواب الفقه عامّة والمعاملات خاصّة؛ إذ من طريقتِهم في التَّأليف أنَّهم يذكرون القاعدة بالمثال، فمن فهم المثال وتصوَّر بناءه الصَّحيح، عرف القاعدة التي بُنى عليها.

ومَن لم ينتبه لهذا وبقي يقرأ مسائل الفقه مجردةً عن كونها معلَّلة بمعاني وأصول، فلن يكون قادراً البتة على فهم الفقه، وغير قادر على ربط الفروع ببعضها، ومعرفة حكم المستجدات، فعلينا أن ندرك تماماً أنَّ ما بين أيدينا هي ألفاظ موصلة إلى معاني، والمعاني هي الغايات، فإنَّ هذه المعاني هي أسس وقواعد في كلّ باب بُنيت عليها الأحكام، وقد استنبطت من القرآن والسنة وآثار الصّحابة والقواعد العامّة التي أتى بها الإسلام واستفيدت من العقل السَّليم الذي يسير على المنهج المستقيم في تقدير الأُمور بما يعود على البشريّة بالنّفع والخير.

وكيفيّة القراءة الصّحيحة للمسائل هو بالسّؤال الدّائم قبل كلّ فرع لما هكذا؟ حتى يتبيّن لنا علّته، وكذلك نفعل مع النُّصوص الشرعية من القرآن والسنة بالسؤال لما هكذا؟ حتى ندرك علّتها.

فكل الأحكام معلَّلة بمعاني معتبرة علينا إدراكها من أجل فهمها جيداً وإمكانية الاستفادة منها، قال الآمدي في الإحكام٣: ٢٦٤: «... خلاف إجماع الفقهاء على أنَّ الحكم لا يخلو عن علّة».

الثَّالثة: أنَّها مبنيةٌ على تحقيق المصالح للبشر:

فمَن تأمّل في حِكَمِ التَّشريعِ يصل إلى أنَّها إما جالبة للمصالح وإمّا دارئةٌ للمفاسد، وينبغي أن يكون هذا الأمر مُسلَّماً؛ لكون الله ﷻ غنيٌّ عن العباد وحكيمٌ، فلا يريد من تشريعاتِه إلا تحقيق الخير للبشريّة في المعاملات وغيرها، قال الشاطبيُّ في موافقاته١: ١٤٨: «إنَّ القاعدةَ المقرَّرةَ أنَّ الشرائعَ إنَّما جيء بها لمصالح العباد، فالأمرُ والنهيُ والتخييرُ جميعاً راجعةٌ إلى حَظِّ المكلَّفِ ومصالحِه؛ لأنَّ اللهَ غنيٌّ عن الحظوظِ منزّه عن الأغراض».

فإنَّ إدراك هذه الحقيقة الكبيرة يورث الثقة الكاملة في أحكام المعاملات، والرغبة في الإقبال عليها علماً وعملاً، وإفناء العمر في الاستفادة من كنوزها وخيراتها؛ لينتفع الناس بهذه النعمة الكبرى عليهم؛ لأنَّ المرء يسعى في مصالحه، فإن علم أنَّ مصلحته متحققة بهذا فلن يدخر جهداً في السَّعي وراء تحقُّقها في حياته.

الرابعة: أنَّها تقوم على مبادئ عامّة:

النَّصوصُ الشَّرعيةُ الواردةُ في أبوابِ المعاملات أقلُّ بكثيرٍ من النُّصوص الواردة في العبادات، فلم تكثر الأحاديث فيها كما كثرت في العبادات، وليس مرجع هذا عدم اهتمام الشَّارع الحكيم بها، وإنَّما السَّبب هو كون العبادات غير معقولة المعنى؛ لأنَّها تربية، بخلاف المعاملات فإنَّها معقولة المعنى؛ لأنَّها تنظيم ـ كما سبق ـ.

وإنَّما كانت طريقةُ الشَّريعة فيها هو تأسيس قواعد عامّة تسير عليها المعاملات وتنضبط بها، فكانت إمكانية التطبيق فيها أكثر، ومرونة العمل أوسع، وقدرة الاجتهاد فيها أعظم، فمَن لم يكن يسير على أصولٍ محكمةٍ في الفقه، لن يستطيع المنافسة في أبواب المعاملات؛ لأنَّ ظواهر الأحاديث التي كان يَبني عليها كلامَه في العبادات لم تَعُد متوفرةً إلا قليلاً.

فعدم الانتباه لهذه الميزة العظيمة في المعاملات يربك المشتغل بها، والتفات الحنفية إليها أكثر من غيرهم هو الذي جعل أحكام المعاملات في مذهبهم سهلة في العمل والتطبيق،

وجعل فيها تيسيراً كبيراً ورفعاً للحرج عن الناس؛ لأنَّهم يحتكمون فيها للمبادئ العامّة التي تظافرت عليها النصوص الشرعية.
ومن هذه القواعد: الرضا، وعدم الرّبا، وعدم القمار، وإزالة الجهالة، وغيرها، مما سيأتي تمام الكلام في مناقشته في الميزات الآتية.
الخامسة: أنَّها تقوم على أساس التراضي بين النَّاس:
يُمثلُ التَّراضي أبرز قاعدة بُنيت عليها المعاملات، ولو لم يكن في النصوص الشرعية إلا هذا الأساس في التعامل لكان كافياً للدلالة على عظم هذا التشريع، فهي تجري في كافة التصرُّفات التِّجارية مجرى الرُّوح في الجسد، فلا حياة لجسدٍ بلا روح، ولا اعتبار لمعاملةٍ بدون رضا.
قال ﷻ: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ** ﴾ النساء: ٢٩، إذ في الآية إباحة سائر التجارات الواقعة عن تراض، والتجارة اسم واقع على عقود المعاوضات المقصود بها طلب الأرباح؛ قال ﷻ: ﴿ **هَلۡ أَدُلُّكُمۡ عَلَىٰ تِجَٰرَةٖ تُنجِيكُم مِّنۡ عَذَابٍ أَلِيمٖ ١٠** ﴾ الصف: ١٠، فسمّى الإيمان تجارةً على وجه المجاز تشبيهاً بالتجارات المقصود بها الأرباح، ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٢: ٢٤٥، وغيره.
وأكد هذا المعنى الوارد في الآية النبي ﷺ، فقال: «إنَّما البيع عن تراض» في سنن ابن ماجة٢: ٧٢٧، وصحيح ابن حبان١١: ٣٤٠، والسنن الكبرى للبيهقي٦: ٢٩، وغيرها.
فخلو العقد عنها ابتداءً عند التعاقد أو بقاءً بعد التعاقد يسبب خللاً ظاهراً فيه يمنع من صحّة العقد، ويوجب الفسخ لفساده.
والرِّضا هو أكثرُ فكرةٍ مراعاةٍ في العقود، فعليها مدارُ التَّعاملات، فهي القاعدةُ العظمى والمرتكز الأساسي فيها، فتدخل في عامّة متعلّقات المعاملات من شروطٍ وخياراتٍ وعيوبٍ وجهالةٍ: كثبوتِ خيار العيب، فإن تبيّن أنَّ في المبيع عيباً ينقص قيمته عند

التجار ولم يره المشتري عند البيع يثبت له الحق بردّ المبيع؛ إذ السلامة لما كانت مرغوبة للمشتري، ولم تحصل، فقد اختل رضاه، وهذا يوجب الخيار؛ لأنَّ الرضا شرط صحّة البيع، فانعدام الرضا يمنع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه؛ إثباتاً للحكم على قدر الدليل؛ قال ﷺ: «مَن اشترى شاةً محفَّلة فردَّها فليرد معها صاعاً من تمر» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٥، ومصنف عبد الرزاق ٨: ١٩٨، وغيرهما، والصَّاعُ من التَّمر كأنَّه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري، علمه رسول الله ﷺ بطريق المشاهدة.

السادسة: أنَّها تقوم على أساس رفع النزاع:

وهذه قاعدةٌ كبيرةٌ في المعاملات، يُعبَّر عنها كثيراً بعبارة: كلُّ جهالةٍ تُفضي إلى النِّزاع تُفسدُ البيع، فميزوا بين الجهالةِ المعفوةِ وغيرِ المعفوة بتحقُّقِ النِّزاع فيها، فعامّة الفروع في الفساد يعلِّلون فسادها بالجهالة أو بالنِّزاع.

والجهالةُ متفاوتةٌ جداً من زمانٍ إلى زمانٍ، ومكانٍ إلى مكانٍ، لكنَّ مردُّها إلى النزاع، فيكفينا مثلاً في بلدة أن نذكر في المبيع بعضَ الأوصاف وتكون كافيةً بعدم حصول التَّنازع، وفي بلدةٍ أُخرى لا يكفينا ذكر مثل هذه الأوصاف فيحصل تنازع إن لم يبيِّن أكثر، فيكون البيع في البلد الذي لا يتنازعون صحيح وفي الآخر فاسد.

فالنبي ﷺ: «نهى عن بيع الغرر» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٣، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٣، وصحيح ابن حبان ١١: ٣٢٧، وغيرها، قال الإمام السَّرَخْسِيّ ينظر: المبسوط١٢: ١١٧، والتقرير٣: ١١٦.: «الغرر ما يكون مستور العاقبة»، فلا بد أن يكون ما في العقد واضحاً بيِّناً ومحدَّداً لكلِّ واحدٍ من المتعاقدين، وليس مردُّ الجهالة إلى النظرية والعقل، وإنَّما إلى الواقع والتطبيق، فكم من المسائل نحكم بجهالتها عقلاً، لكن لا يتنازعون فيها في الواقع، فلا نحكم بالفساد بسبب هذا الجهالة، كجواز بيع القمح في سنبله والباقلاء في قشره؛ لكونه معتاداً ولا يفضي للنزاع.

السَّابعة: أنَّها تقوم على أساس أخذ المال بالحقِّ دون الباطل:

فطرقُ الحصول على المال متعددةٌ، منها ما هو مشروع، ومنها ما هو غير مشروع، وما كان غيرَ مشروع منها ما هو محل توافق بين المجتمعات: كالسَّرقة، والخيانة، والغصب، ومنها ما تمنعه قوانين لدول وتبيحه أُخرى على حسبِ ثقافاتٍ ومنافع ومَضارّ تُحدِّدها تلك الأنظمة.

وفي نظامنا الإسلامي أدخلنا فيه كلَّ ما كان مُضرّاً بالأفراد والمجتمع مما لا نفع فيه،ونجعله من المحظورات: كالربا، والقمار، والغناء، وثمن الخمر، وغيرها.

وأكَّد الشَّارعُ هذه الميِّزة بقولهﷻ: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [البقرة: ١٨٨]، ويُمكن ضبط ذلك بأنَّ كلَّ التَّصرُّفات الممنوعة شرعاً تكون من أكل المال بالباطل؛ لأنَّها منعت لما فيها من مفاسد، كالغاصب إذا أجر المغصوب، فالأجرة له، ولكن يتصدق به؛ لأنَّه حصل له بكسب خبيث. ينظر: المبسوط ٥: ٧٠.

الثّامنة: محاربة الربا والحض على الابتعاد عنه وعن شبهته:

وهذه ميزة عظيمة جداً؛ لأنَّ الربا مهلكة الاقتصاد؛ لما فيه من تضييع المجتمع في زيادة الفقير فقراً وزيادة الغني غنىً بتحقيقه للتضخم المستمر في أنواع السِّلع.

وتعريفُه العامّ: هو زيادةٌ خاليةٌ عن عوض، ينظر: المبسوط١٢: ١١٧، والتقرير٣: ١١٦، فطالما أنَّه لا يوجد عوض لم يعد أخذه بحقّ، ولم يعد الرّضا بتمامِه موجوداً، بل أحدُ الطَّرفين منتفعٌ والآخرُ متضرر؛ لهذه الأسباب وغيرها وجدنا القرآن حارب الربا محاربة شديدة، فقال ﷻ: ﴿ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

فكان أثره السيء في التعاملات المالية كأثر الزنا في العلاقات بين الرجال والنساء، فكما مُنِع من كلِّ الطُّرق الموصلة للزّنا: كالتبرج والاختلاط، كذلك مُنِع من كلِّ الطُّرق الموصلة للرِّبا، فكانت شبهة الربا ملحقة بالربا في الحرمة؛ غلقاً لهذا الباب، وسدّاً لكلّ المنافذ الموصلة له؛ لخطورته الشديدة على المال.

التَّاسعة: لزوم العوض في مقابل عين أو منفعة:

القمار: هو تعليق أصل الاستحقاق على الحظّ ينظر: المبسوط٧: ٧٥، وفتح القدير٩: ٤٤٠، وعبارته: «أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بها يستعمل فيه»، ومثله في البناية١١: ٤٣٣، وغيرها؛ إذ لا يقابل المال فيه حقٌّ معتبر من منفعة أو عين.

والمقصود بالعين: الأعيانُ التي يُضاف إليها عقد البيع وأمثاله، والمقصودُ بالمنفعة: المنافعُ التي يُضاف إليها عقدُ الإجارة وأمثاله.

ففي العقودِ المعتبرةِ يكون المالُ مُستحقّاً بإزاءِ تقديمِ عينٍ أو منفعةٍ؛ لأنَّ بها تمام العدل في مقابلة الشيء بقيمته المتوافق عليه بين المتعاقدين، ويكون لازمٌ على كلِّ طرفٍ تقديم ما يلزم عليه قضاءً، بخلاف ما يكون قماراً، فكيف يلزم عليه أن يُقدِّمَ شيئاً ولم يأخذ في مقابلِهِ عوضاً، ولذلك لا يُقضى عليه به؛ لعدم استحقاقِهِ له، وهذا كمال العدل.

ونهى الله تعالى عن القمار في قوله: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ﴾ المائدة: ٩٠، والميسر: هو القمار مشتق من اليسر؛ لأنّه أخذ المال بسهولة من غير تعب ولا كدّ.

وصور القمار في هذا الزَّمان عديدة جداً: كاليانصيب، وكلُّ لعب يُحقِّق معناه، كالعديدِ من المسابقات التلفزيونية والإذاعية التي تعتمد على الحظّ؛ إذ يسألوا سؤالاً سهلاً وتلزم بدفع مال بطريق الاتصال ويفوز واحد ويخسر الباقون قيمة اتصالاتهم، ومثلُه كثير يحصل برسائل على الهاتف بطرق متعددة، يتلاعبون فيها بجمع المال، فالحذر الحذر من كلِّ هذا؛ لأنَّه قمارٌ، وهو مُحرَّم.

العاشرة: أنَّ العقود فيها حقيقيّة لا وهمية:

ونقصد بذلك أنَّها ليست مجرد مضاربات تحصل في البورصات وغيرها يُجنى من ورائها أرباح طائلة دون أن يكون فيها فائدة تعود على المجتمع بإنتاجِ عينٍ أو تقديمِ منفعةٍ، ولا يقف الأمر عند هذا الحدّ فحسب، بل يكون لها أثرٌ سلبيٌّ بحصول تضخم في الأسعار، مما يلحق ضرراً بليغاً بالمجتمعات لحساب أفرادٍ معيّنين، ممَّا جعل بعض

الاقتصاديين يُطالب الدُّول إن أرادت أن تحل مشكلة التعثّر الاقتصادي أن تترك وتبتعدَ عن العقود الوهمية.

هذه الكيفيات لم تقبلها الشريعة، وحاربتها وسلكت وسائل تجعل العقود حقيقة تعود بالنفع على الأفراد والجماعات بالإنتاج والعمل والاستثمار الحقيقي، فلا نريد عقداً بدون عين أو منفعة.

ومن أمثلةِ تحقيقِ الفقه لذلك:

١.المنع من بيع شيء لم يقبض، تأكيداً على تحقق العقد بانتقال المبيع ووجود الضمان له؛ فعن حزام بن حكيم بن حزام ﵁ قال: «قلت: يا رسول الله، إنّي رجل أشتري المتاع فما الذي يَحِلّ لي منها وما يَحْرُم عليَّ؟ فقال: يا ابن أخي، إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه» في صحيح ابن حبان١١: ٣٥٨،٣٦١، وسنن النسائي الكبرى٤: ٣٧، والمجتبى٧: ٢٨٦، والمنتقى١: ١٥٤، ومصنف ابن أبي شيبة٤: ٣٨٧، ومصنف عبد الرزّاق٨: ٤٣.

٢.المنع من بيع السلعة قبل تملكها؛ مبالغة في حصول البيع بحق، وابتعاداً عن أسباب النزاع؛ فعن حكيم بن حزام ﵁ قال: «أتيت رسول الله ﷺ، فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق، ثم أبيعه؟ قال: لا تبع ما ليس عندك» في جامع الترمذي ٣: ٥٣٤، وحسنه، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٣، والمجتبى ٧: ٢٨٩، وغيرها.

٣.إبطال عقد الصرف والسَّلَم إن لم يحصل تقابض في نفس المجلس، وجعل القبض فيها مستحقاً شرعاً؛ سعياً لإيجاد هذه العقود حقيقة، وخروجاً من أسباب النزاع بسبب التغير السريع في الأثمان؛ فعن أبي سعيد الخُدري ﵁، قال ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً

بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» في صحيح البخاري ٢: ٧٦١، وصحيح مسلم ٣: ١٢٠٨، وغيرها.

٤. المنع من بيع الدَّين بالدَّين إلا ممن عليه الدَّين، فلا يجوز بيع ديني على زيد لعمر مثلاً، وصوره عديدة، وكل هذا تحقيق لعقود حقيقة لا وهمية؛ فعن ابن عمر ﵄: «إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ» في سنن الدارقطني ٣: ٧١، والموطأ ٢: ٧٩٧، والمستدرك ٢: ٦٥، وصححه الحاكم، وقال الدارقطني: ليس في هذا حديث يصح، لكنَّ إجماع الناس على أنَّه لا يجوز بيع دين بدين. ينظر: تلخيص الحبير ٣: ٢٦: أي النسيئة بالنسيئة.

الحادية عشر: أنَّ الأصل في المعاملات الإباحة ما لم تخالف نهي الشارع المبيّن في كتب أئمتنا الفقهاء:

إنَّ اعتبارَ أئمة الفقه قاطبةً أنَّ الأصلَ في المعاملات الإباحة مَيِّزةٌ كبيرةٌ جداً، فيه تيسيرٌ، ورفعٌ للحرج، وابتعادٌ عن التَّعقيدات والتَّقييدات، وهذا متوافقٌ مع كونِ المعاملات من التَّنظيمات.

ومعنى هذا أنَّ الذي يضع المعاملة هو المتخصِّص في الصناعة والتجارة وغيرها وليس الفقيه، فالفقيه أشبه ما يكون عملُه بالقانونيّ الذي ينظر في موافقةِ أنظمة المعاملة أو الشَّركة لقوانين الدَّولة وما هو الأنسبُ والأفضلُ منها بحفظِ الحقوق، ويكون عنده نوعُ مساعدةٍ في وضع العقود، لكن وضعها ابتداء فهو من قبل أهل كلِّ فنٍّ هي فيه.

وعمل الفقيه يتميّزُ أيضاً عن عملِ القانونيّ أنَّ المعاملةَ مع موافقتِها لنظام الدولة نحتاج أن تكون موافقةً للشريعة، وبحكم التراث الفقهي الضخم عبر التاريخ، والتجارب الهائلة في الدول المتعاقبة في الحكم بالشريعة، أصبحت لدى الفقه صوراً من العقودِ والمعاملاتِ لا تُعدُّ ولا تُحصى، فيستطيع أن يفيدَ منها مجتمعه والبشرية جمعاء.

وبالتَّالي يكون عملُ الفقيه تصحيحُ معاملات النَّاس بما لا يُخالف الشَّريعة، وتَحريرُ المُعاملة بما يحفظ حقّ جميع الأطرف، والسَّعي في تحقيقِ العدل بين المُتعاقدين، والتَّنقيحُ بما يجعلها أكثر نجاحاً وملائمةً للواقع، والإسهامُ في تطويرِها بحكمِ التجربةِ الواقعيةِ والتَّاريخية، والإبداعُ في معاملاتِ جديدةٍ مستفادةٌ من تراث الأمة.

وعليه فإنَّ الأصلَ في المعاملات الإباحة حتىٰ يدل الدليل علىٰ تحريمها، فكونها مباحة هو ما قامت عليه العديد من الأدلة الشرعية، فما لم يصرح فقهاؤنا بتحريم شرط وعقد ومعاملة؛ لمنع من قبل الشارع، لما يترتب عليها من المخاطر والمحظورات، فإنَّها تبقىٰ علىٰ الأصل من الإباحة.

الثَّانية عشر: أنَّها مبنيّةٌ علىٰ العرف:

إنَّ أكثر قاعدة تُراعىٰ في الفتوىٰ والتَّطبيق هي النَّظرُ إلىٰ عرف المجتمع، فيختلف الحكم من مكانٍ إلىٰ مكانٍ وزمانٍ إلىٰ زمانٍ علىٰ حسب ما يقتضيه عرف الناس، قال الجويني في نهاية المطلب في دراية المذهب ١١: ٣٨٢: «ومَن لم يمزج العرف في المعاملات بفقهها، لم يكن علىٰ حظٍّ كاملٍ فيها».

والعرفُ من أبرز أصول رسم المفتي الذي سنناقشه في الميزة التّالية، فهو من الجانب التَّطبيقي للفقه، وليس من الجانب الاستنباطي للحكم كما يظنه عامة المعاصرينز

الثالثة عشر: مراعاتها قواعد رسم المفتي:

إنَّ الأصول علىٰ نوعين:

١.أصول للمجتهد المطلق: يستنبط بها الأحكام من الكتاب والسنة والآثار، وهي المتمثلة بقواعد علم الأصول من القرآن والسنة والإجماع والقياس وغيرها.

٢. أصول للمجتهد في المذهب: يطبق فيها الفقه علىٰ الأفراد والجماعات والمجتمعات، وهي المسمّاة بـ(قواعد رسم المفتي)، وهي المتمثلة: بالضرورة، والتيسير، ورفع الحرج، وتغير الزمان، والعرف، والمصلحة، وأشباهها.

وبعض هذه القواعد مؤثرة في تغير الحكم الشرعي: كالضرورة؛ لقوله ﷻ: ﴿إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِۗ﴾ الأنعام: ١١٩.

فالحكم الشرعي له طرفان: طرف في كيفية استنباطه، ويكون بأصول الفقه، وطرف في كيفية تطبيقه، ويكون برسم المفتي.

وهذا الترتيب يعطي للمعاملات ميزة عظيمة جداً بمراعاة قواعد رسم المفتي عند تطبيقها، فيتحقق العدل المطلوب، والمطابقة المرجوة، قال ابن عابدين في نشر العرف ٢: ١٢٣: «وكثيرٌ منها ما يُبَيِّنُه المجتهدُ على ما كان في عرفِ زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أوّلاً؛ ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد: أنَّه لا بُدّ فيه من معرفةِ عادات الناس».

الرَّابعة عشر: استفادتها من اختلاف الفقهاء:

معلومٌ أنَّ الاستفادةَ من المذاهب الفقهيّة المعتبرة للمكلّف والمجتمعات والدُّول جائزةٌ بشروطٍ ليس هنا محلُّ بيانها، ففي موضع الضَّرورة يجوز لنا العمل بمذهب الغير؛ لاجتماع دليل الضرورةِ مع أدلّة الغير، فيتقوَّى على مذهبنا في حَقِّ هذه المسألةِ فجاز العمل به، وهذه توسعةٌ كبيرةٌ على الأمة، وهذه الاستفادة أكثر ما تظهر في المعاملات؛ لكونها تنظيم، فكل مذهب يسعى لتقديم تنظيم لنا، فما رأيناه أنسب للواقع وأكثر فائدة وإحكاماً أخذنا به.

لذا شاع وذاع على لسان كثير من السلف: أنَّ اختلاف الأئمة في الفروع هو ضرب من ضروب الرحمة، فروي عن رسول الله ﷺ: «اختلاف أمتي رحمة» قال العراقي تخريج أحاديث الإحياء١: ٧٤: «ذكره البيهقي في «رسالته الأشعرية» تعليقاً وأسنده في «المدخل» من حديث ابن عباس بلفظ «اختلاف أصحابي لكم رحمة»، وإسناده ضعيف».

والاطلاعُ علىٰ اختلافِ الفُقهاء في داخلِ المذهب وخارجه توسعُ الصَّدر وتفتحُ المدارك، بحيث لا يتشدَّد الفقيه في مواضع الخلاف ولا يُنكر فيها، وإنَّما يتشدَّد فيما حَقُّه التَّشدد من مواضع الإجماع بين العلماء، وتكون فتواه فيها تسامحٌ وتيسيرٌ ورفعٌ للحرج علىٰ مقتضىٰ ما قرَّرته الشريعة، قال ابن أبي عروبة ﷺ: «مَن لم يسمع الاختلاف فلا تعدُّوه عالماً» في جامع بيان العلم٢: ٨١٥، والكامل ٤: ٤٤٩، والميزان١٥٢، وسير أعلام النبلاء٦: ٤١٣.

فهذا الاختلافُ يستفيد منه الفقيه في حسنِ نظره للأُمور وموازنته لها، ويكون فيه سعة كبيرة علىٰ الأمة باختياره ما يُناسبها من أقوال الفقهاء، ونمىٰ الفقه بسببه نمواً هائلاً فأفادنا كثيراً في المعاملات المتنوّعة والمستحدثة.

الخامسة عشر: لزوم شروط المتعاقدين ما لم تخالف مقتضىٰ العقد ونهي الشارع الحكيم:

ومعنىٰ مقتضىٰ العقد: ما يقتضيه: أي ما عُقِد العقد من أَجل تحقيقِه، فهو مقصودُ العقد، فعندما يشترطُ شرطاً منافياً لهذا المقتضىٰ، فإنَّ كلامَه تناقض، فمثلاً عقد البيع يقتضي التَّمليك وهو يشترط أن يبقىٰ المبيعُ عنده مُدّةً من الزَّمن مثلاً، وهو يخالف تحقُّق التَّمليك الكامل الموجود في العقد، فيتناقض المقتضىٰ مع الشَّرط، ولا شكّ بقوّة المقتضىٰ علىٰ الشَّرط؛ لأنَّه ما قام عليه العقد لا ما أُضيف إليه.

وقد منع النبي ﷺ من هذه الشروط في حديث بريرة رضي الله عنها عندما اشترط سيدها عند بيعها للسيدة عائشة رضي الله عنها أن يبقىٰ الولاء، وهذا مخالف لمقتضىٰ العقد من انتقال الملك للمشتري، والولاء تبع له؛ فعن عائشة رضي الله عنها دخل علي رسول الله ﷺ فذكرت له، فقال رسول الله ﷺ: «اشتري وأعتقي، فإنَّ الولاءَ لَمن أَعتق، ثمّ قام النَّبيُّ ﷺ من العشي فأثنىٰ علىٰ الله بما هو أهلُه، ثمّ قال: ما بال أناس يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله، مَن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطلٌ، وإن اشترط مئة شرط، وشرط الله أَحقّ وأَوثق» في صحيح البخاري ٢: ٧٥٦.

ومعنى الولاء: أنَّ العبدَ بعد عتقه يتحمّل سيده جنايته، ويرثه سيده إن لم يكن له عصبة من أبناء أو آباء أو أُخوة أو أعمام، فولاء العتاقة هو آخر العصبات؛ فعن ابن عمر ﵁ قال ﷺ: «الولاءُ لحمة كلحمة النَّسب، لا يُباع ولا يُوهب» في صحيح ابن حبان ١١: ٣٢٦، والمستدرك ٤: ٣٧٩، والمعجم الأوسط ٢: ٨٢، ومعجم الشيوخ ١: ٣١٢، وسنن البيهقي ٦: ٢٤٠.

ووجه دلالة الحديث السَّابق: أنَّ النَّبيَّ ﷺ اعتبر أنَّ اشتراط شروطٍ مُخالفة لمقتضى العقد يُخالف إباحة القرآن للعقود المختلفة من البيع والنّكاح والرَّهن وغيرها، فتكون شروطاً ليست في كتاب الله؛ لأنَّ الذي في القرآنِ هو العملُ بمقتضى هذه العقودِ مُطلقاً، وهو المتوافقُ مع ما اتفق عليه المتعاقدان...

وهذه الشروط التي تكون مخالفة لمقتضى العقد منها ما يكون فيه منفعة للبائع: كاشتراطه عدم تسليم المبيع مباشرة، أو منفعة للمشتري: كاشتراطه خياطة الثوب الذي اشتراه، ومرَّ سابقاً أنَّ علّة هذه الشروط هي الربا والنزاع، فإن تعارفوا هذه الشروط انتفى الأمران وجازت.

وأما الشروط الموافقة لمقتضى العقد، مثل: اشتراط الرهن أو الكفالة أو غيرها مما يؤكد مقتضى العقد ويكون ملائماً له، فهي لا تفسد العقد، بل تثبته، فتكون داخلة في قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو شرطاً أحل حراماً» في صحيح البخاري ٢: ٧٩٤ معلقاً، والمستدرك ٢: ٥٧، وسنن البيهقي الكبير ٦: ٧٩، واللفظ له، وسنن الدارقطني ٣: ٢٧، وشرح معاني الآثار ٤: ٩٠، وغيرها.

والشروط التي نهى عنها الشارع، مثل: أن يكون العقد ربا أو قماراً وأمثالها، فإنَّها ممنوعة.

وبالتالي تكون هذه ميزة للمعاملات، بأن يباح لك اشتراط ما تريد من الشروط وتكون لازمة على الطَّرفين بشرط أن لا تكون مناقضة لما اقتضاه العقد أصلاً، حتى لا يتحقق التناقض، إلا إن جرى عرف في ذلك.

السادسة عشر: دفع الضرر بفسخ العقد إن لزم منه:

فالعقد وجد لتحقيق المنفعة لا لجلب مضرّة، فإن لزمت منه مضرة لم يكن لازماً، وجاز فسخه، ويظهر هذا جلياً في الإجارات؛ إذ الأصل فيها: أنَّ كلَّ موضع لا يقدر العاقد على المضي في موجب العقد إلاّ بضرر، لم يلزمه العقد، فهو عذر في فسخه؛ لأنَّ الضَّرَرَ مدفوعٌ شرعاً: كما لو استأجر؛ لقلع ضرسه، ثمّ زال الوجع، فإنَّه يتعذَّر المضي في العقد إلا بضرر، فلا يلزم هذا الضرر.

ومثاله المعاصر: لو أنَّه باع الحديد الذي في داخل بنائه أو أسلاك الكهرباء في داخل الجدران، فإنَّه لا يلزمه التَّسليم؛ لعظيم الضرر الواقع عليه، حيث يخسر أضعاف ما يربح بسبب هدمه للبناء أو إفساده، فلم يكن لازماً رغم الاتفاق، ويجوز لهما الفسخ.

السَّابعةَ عشرَ: مقصودُها تقديم أفضل وأحسن حلّ وهيئة للمعاملة الماليّة:

إنَّ المعاملات الإسلامية هي أفضلُ حلول تُقدَّمُ لتنظيم حياة النَّاس، وهذه هي نظرةُ الفقيه أثناء عملِه وتفكيرِه بتقريرِ المعاملة، وهذا تأكيد على معنى التَّنظيم الذي مَرَّ سابقاً.

وهذه النَّظرةُ تجعل الاختيار بين أقوال الفقهاء أوسع من غيرِه من الأبواب لاسيما العبادات؛ لأنَّ مسعاه هاهنا الحصول على أكمل وأتم وأحسن هيئة، فإن وجد مثلها في غير مذهبه أمكنه الاستفادة منه، فما كان من المذاهب أقدر على أحسن حل للمشكلة، وأيسر في التطبيق، وأنجح في الواقع، كان أجدر بأن يختار في العمل، حتى أننا لو رأينا هيئة أفضل لأي معاملة في أي قانون لا مانع لنا من الاستفادة منه ما لم يكن محظوراً.

وهذا الأمور التنظيمية تشبه الصناعات التي وُجِدت لتسهيل وتيسير الحياة البشرية، وليست حكراً على مجتمع دون مجتمع، بل يُمكن الاستفادةُ منها في كافة المجتمعات، ولكن في المجتمعات المسلمة نحتاج عند أخذ أي معاملةٍ من غيرِ المسلمين أن نُصحِّحها ونُهذِّبَها بما يتلائم مع قواعدنا الفقهيّة وأحكام شريعتنا.

ولا يعني كلامي أن لا تكون المعاملات والأنظمة والقوانين غير مقعدة على مذهب معين، بل هو الأصل، وبدون ذلك ضياع وتشتيت، والمذهب لا يمنعنا من الاستفادة من غيره فيما فيه حاجة وضرورة ومصلحة وتيسير؛ لأنَّه يسعى لذلك في عملِهِ، فإن استطاع غيرُه أن يُقدِّم أفضل منه في التَّطبيق أشار إلينا علماء المذهب بالأخذ به، فالبناء والتأصيل لا بدّ له من مذهب واحد، وإن احتجنا إلى غيره في العمل والتطبيق فلا مانع منه.

الثامنة عشر: الأصل فيها الحريّة لا التقييد:

فإنَّ مبنى التَّعاملات ليس على المنعِ كما مرّ معنا في الإباحة، بل على الحريّة، فنعطيه حقّ أن يُسعِّرَ ويشتري ويبيع ويملك ويتملَّك كيفما شاء فلا نضع عليه موانع وقيود لا معنى لها، وإنَّما نمنع ما فيه إضراراً عاماً بالمجتمع؛ لأنَّ المصلحةَ الخاصّة لا تُقدَّم على المصلحة العامّة، ومن أمثلة ذلك: المنع من الربا أو القمار أو المخالف للمصلحة العامة أو بيعِ غير مملوك أو معدومٍ أو لم يقبض أو بيع دين بدين أو جهالةٍ تفضي للنِّزاع أو عقدين في عقد غير متعارفين بحيث يسببان نزاعاً أو ربا.

وفيما عداها إجمالاً كان الميدان واسعاً في النِّشاط بحريّة تامّة، فإن منعنا من شيء أو قيدنا به كان لمصلحة ظاهرة تعود على الفرد أو المجتمع، حيث يكون التغليب للمصلحة العامة.

التاسعة عشر: تقسيمُ العقود إلى صحيح وباطل وفاسد ومكروه وغيرها:

(**البيعُ**[1] **ينعقد بالإيجاب**...

إنَّ هذه ميزةٌ عظيمةٌ جدّاً لم تكن العقود فيها صحيح وباطل فحسب، بل جعلنا فيها الفاسد، وهو ما كان صحيحاً في أصله لا في وصفه على المشهور، بخلاف الباطل ما لم يكن صحيحاً لا بأصله ولا بوصفه.

ويهمنا هنا أنَّ الباطل حكمُه كالعدم، فلا نرتب عليه حُكماً، ويُعتبر كأنَّه لم يفعل أصلاً فلا يحصل فيه ملك.

وأمَّا الفاسد فيملك بالقبض ويصحّ التصرّف فيه، ويقسم إلى قسمين: متمكن وغير متمكن.

والمتمكِّن لا يلحقه التَّصحيح، بل يبقى لازماً فيه الفسخ، مثاله: شرط الربا في العقد، والأجل الفاحش في الثمن، مثل: هبوب الريح ونزول المطر، فلا يصح العقد بإلغاء الشرط، وإنَّما علينا تجديد العقد.

وغيرُ المتمكِّن يلحقُه التَّصحيح، بأن نرفعَ سبب الفساد فينقلب صحيحاً، مثاله: أي شُرط فيه منفعةٌ لأحد المتعاقدين أو الأجل غير الفاحش للثمن: كوقت الحصاد وقدوم الحاجّ، فإذا ارتفع شرط الفساد انقلب العقد صحيحاً.

وأمّا المكروه فالعقدُ فيه صحيحٌ وإنَّما يلحقُه إثم لما فيه من غرر وضرر. فقسمُ البيع الفاسد مُفيدةٌ للغاية في حيويةِ العقود، وانقلابها من فاسدة إلى صحيحة بعد إزالة المفسد، وهذا يجعل لها ميزة كبيرة. ينظر: تمامه في المنهاج المفصل في المعاملات ص٢٣.

(١) البيع لغةً: من الأضداد، يقال: باع الشيء إذا شراه أو اشتراه، ومنه الحديث: «لا يبع بعضكم على بيع أخيه» في صحيح ابن حبان ١١: ٣٣٩، والمسند المستخرج ٤: ٧٩، ومسند أحمد ٢: ٢١: أي لا يشتري على شراء أخيه.... ينظر: معجم مقاييس اللغة ١: ٣٢٧، والقاموس ٣: ٨، والمغرب ص٥٦، واللسان ١: ٤٠١-٤٠٢.

والقَبول)[1]، وهذه الأشبهة فيه وعليه إجماعُ النَّاس.

واصطلاحاً: مبادلة مال بمال، ولم يقل بالتراضي؛ ليتناول بيع المكره، فإنَّه منعقد وإن لم يلزم. ينظر: الوقاية ص٤٩٩، وملتقى الأبحر ٢: ٣، ومجلة الأحكام العدلية١: ٥٦، وغيرها.

ومعنى المال لغةً: من تموّل مالاً اتخذه قُنية، فهو ما ملكته من جميع الأشياء من دراهم أو دنانير أو ذهب أو فضة أو حنطة أو شعير أو خبز أو حيوان أو ثياب أو سلاح أو غير ذلك. ينظر: لسان العرب ٦: ٤٣٠٠، و المغرب ص٤٤٨-٤٤٩، والمصباح المنير ص٥٨٦.

واصطلاحاً: المبذول المنتفع به شرعاً، هذا تعريف المال المتقوم، وأما المال: فالمبذول المنتفع به؛ لأنَّه ما يميل إليه الطبع، ويُمكن ادخاره لوقت الحاجة منقولاً أو غير منقول، والماليةُ إنَّما ثبتت بتموّل النّاس كافّة أو بعضهم، وذلك بالصِّيانة والادخار لوقت الحاجة، ينظر: البحر الرائق ٥: ٢٧٧، ودرر الحكام ٢: ١٧٠، وغيرهما.

وحاصلُه: أنَّ المال أعمّ من المتقوّم؛ لأنَّ المال ما يُمكن ادخاره ولو غير مباح: كالخمر، والمال المتقوّم ما يُمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمرُ مالٌ لا متقوّم، فلذا فسد البيع بجعلها ثمناً، ينظر: المبسوط ٩: ١٥٣، والبحر الرائق ٥: ٢٧٧ عن الكشف الكبير، ورد المحتار ٤: ٥٠١، ومجلة الأحكام العدلية ١: ٥٩، و درر الحكام ٢: ١٧٠، والتبيين ٥: ٢٣٤.

(١) ركن البيع: الإيجاب والقبول الدالان على التّبادل، أو ما يقوم مقامهما من التعاطي، فهو التَّصرُّف الدّال على تبادل الملكين من قول أو فعل.

والإيجاب: لغةً: الإثبات، وسمي الإيجاب إيجاباً؛ لكون الموجب بإيجابه يثبت للآخر حقّ القبول. واصطلاحاً: ما يصدر أولاً من أحد العاقدين؛ لأجل إنشاء التصرف.

(**إذا كانا بلفظ**[1] **الماضي**)[2]؛ لأنَّ لفظَ المستقبل عدة، وكان القياسُ أن لا ينعقد النِّكاح أيضاً إلا بلفظين ماضيين إلا أنَّه استحسن جوازه بلفظين يُعبّر بأحدهما عن المستقبل؛ لأنَّ النِّكاح لا يحضره المساومة بخلاف البيع.

وفرق آخر: أنَّ قوله: «بعني» أمر بالبيع وتوكيل به، والواحد لا يلي طرفي عقد البيع؛ لاختلاف الحقوق، وقوله: «زوجني» أيضاً أمرٌ وتوكيل، لكن الواحد يلي طرفي عقد النِّكاح، فإذا قال: «زوجتك» فكأنَّه أتى بالشَّطرين جميعاً، فافترقا، والشَّافِعيّ ﷺ ألحق البيع بالنِّكاح، والفرق ما ذكرنا.

والقَبول: ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر.

ولا فرق بين أن يبدأ الكلام من البائع أو من المشتري، فمَن بدأ أوَّلاً كان هو الموجب، والآخر هو القابل. ينظر: الدر المختار ٢: ٦-٧، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١: ١٠٤، وغيرهما

(١) ينعقد الإيجابُ والقبولُ في البيع بكلِّ لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عُرف البلد والقوم . فمن ألفاظ البيع: بعت، واشتريت، وقبلت، ورضيت، وأرغب، وأحببته، ويوافقني، وبذلت، وجعلك لك هذا بكذا، واخترت، وأجزت، ووهبتك مالي هذا بخمسين دينار، وأسلمتك، وأعطيت، وملكت. كما في الوجيز في المعاملات ص٢٩.

(٢) صيغ الانعقاد: كلُّ ما تدلُّ على تحقق البيع لا الوعد عرفاً، فإن كان العقد يتحقَّق بالتعاطي بدون تلفظ، فمن باب أولى أن يتحقق بالصيغ المختلفة إن كانت دالّة حصول البيع لا المساومة والعدة، وما يذكره الفقهاء كصيغة الماضي، فإنَّ البيع ينعقد بها؛ إذ الإيجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي: كبعت، واشتريت، ورضيت؛ لدلالته على تحقيق وقوع الحدث وثبوته دون المستقبل، كما في الوجيز في المعاملات ص٣١.

وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع، فالآخر بالخيار: إن شاء قبل في المجلس وإن شاء ردّه، وأَيُّهما قام من المجلسِ قبل القَبول بطل الإيجاب

(**وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع، فالآخر بالخيار: إن شاء قبل في المجلس وإن شاء ردّه**)؛ لأنَّه لا ولاية لأحدهما على صاحبه، فلو لزمه البيع من غير قبول أدى إلى الضَّرر.

(**وأَيُّهما قام من المجلسِ قبل القَبول بطل الإيجاب**)[1]؛ لأنَّه خيار تمليك فيقف على المجلس كما في المخيّرة، وهو المعني بقوله ﷺ: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا عن المجلس»[2].

---

(١) ويَبطل الإيجاب قبل قبول الآخر، وله حالات، وهي:

١. إعراض أحدهما في مجلس البيع ـ وهو الاجتماع الواقع لعقد البيع ـ، فلو قال أحد المتبايعين: بعت أو اشتريت، واشتغل الآخر قبل القبول بأمر آخر أو بكلام أجنبي لا تعلق له بعقد البيع، بطل الإيجاب.

٢. ردّ الإيجاب قبل القبول؛ بأن يرجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب وَقَبْلَ القبول، فإنَّه يبطل الإيجاب، فلو قال البائع: بعت هذا المتاع بكذا، وقَبْلَ أن يقول المشتري قبلت رجع البائع، ثم قبل المشتري بعد ذلك، فلا ينعقد البيع.

٣. الإيجابُ بعد إيجابه الأوّل، فإنَّ تكرارَ الإيجاب قبل القَبول يُبطلُ الإيجابَ الأوّل، ويُعتبر فيه الإيجاب الثاني، فلو قال البائع للمشتري: بعتك هذا الشيء بمئة دينار، ثم بعد هذا الإيجاب قبل أن يقول المشتري قبلت رجع البائع فقال: بعتك إيّاه بمئتي دينار، فإنَّ للمشتري أن يقبل على الإيجاب الثاني؛ لأنَّ الإيجاب الثّاني رجوع عن الأوّل، وللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل القبول. ينظر: الوجيز في المعاملات ص٢٩.

(٢) فعن ابن عمر رضي الله عنه، قال: قال النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما

وإذا حصل الإيجاب والقَبول لزم البيع، ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية، والأعواضُ المشار إليها لا يُحتاج إلى معرفةِ مقدارِها في جوازِ البيع، والأثمانُ المطلقةُ لا تصحّ إلا أن تكون معروفةَ القدر والصِّفة، ويجوز البيع بثمن حال، ومؤجَّل إذا كان الأجل معلوماً

والشَّافِعيّ ﷺ يعتبر القَبول على الفور؛ ليحصل الانعقاد والارتباط، إلاّ أنا نقول: المجلس يجمع الكلمات المتفرقة كما في خيار المخيّرة، فيحصل الارتباط حكماً.

(**وإذا حصل الإيجاب والقَبول لزم البيع، ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية**)؛ لأنَّ في إثبات الخيار إبطال حقّ الغير بغير رضائه، وما رواه الشَّافِعيّ ﷺ: «المتبايعان بالخيار»[1] المراد منه خيار القبول على ما مَرَّ؛ لأنَّ المتبايعين هما المتشاغلان بالبيع حقيقة.

(**والأعواضُ المشار إليها لا يُحتاج إلى معرفةِ مقدارِها في جوازِ البيع**)؛ لأنَّه لا تعلق للصحة بالمقدار فيما سوى الربويات.

(**والأثمانُ المطلقةُ لا تصحّ إلا أن تكون معروفةَ القدر والصِّفة**)؛ لأنَّ الجهالةَ فيهما تُفْضِي إلى المُنازعة.

(**ويجوز البيع بثمن حال**)؛ لإطلاق النصّ[2]، (**ومؤجَّل إذا كان الأجل معلوماً**)؛ لأنَّه «ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعه»[3].

لصاحبه اختر» في صحيح البخاري ٣: ٦٤، واللفظ له، وصحيح مسلم ٣: ١١٦٣.

(١) سبق تخريجه.

(٢) وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

(٣) فعن عائشة رضي الله عنها: «أنَّ النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل، ورهنه

وَمَن أَطلق الثمن في البيع كان على غالبِ نَقْد البلد، فإن كانت النُّقودُ مختلفةً فالبيع فاسد، إلا أن يُبَيِّن أَحدَها، ويجوز بيع الطَّعام والحبوب مكايلةً ومجازفة، وبإناء بعينه لا يُعرف مقداره، وبوزن حجر بعينِه لا يُعرف مقداره

(**وَمَن أَطلق الثمن في البيع**[1] **كان على غالبِ نَقْد البلد**)؛ لأنَّ اللفظ عند الإطلاق ينصرف إلى المعهود المتعارف.

(**فإن كانت النُّقودُ مختلفةً فالبيع فاسد**)؛ للجهالة (**إلا أن يُبَيِّن أَحدَها**)؛ لارتفاع اللُّبس.

(**ويجوز بيع الطَّعام والحبوب مكايلةً ومجازفة، وبإناء بعينه لا يُعرف مقداره، وبوزن حجر بعينِه لا يُعرف مقداره**)؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف

درعاً من حديد» في صحيح البخاري ٣: ٥٦، واللفظ له، وصحيح مسلم ٣: ١٢٢٦.

(١) أي إن كان بثمن مطلق فله أربعُ حالات:

١. إن اختلفت النُّقود في الرَّواج والماليّة، فإنَّه يقع على النّقد الغالب في البلد، بأن قال: عشرة دراهم مثلاً، فإذا كان كذلك ينصرف إلى المتعامل به في بلده؛ لأنَّ المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص.

٢. إن استوت في الماليّة والرّواجِ معاً، فإنَّ المشتري بالخيارِ في دفع أيها شاء، فلو طلبَ البائعُ أحدَهما، فللمشتري أن يدفعَ غيره؛ لأنَّ امتناعَ البائع عن قَبولِ ما دفعَه المشتري تعنّت؛ لأنَّ الاختلافَ في الاسم، ولا فضلَ لواحدٍ على الآخر.

٣. إن استوت في الماليّة واختلفت في الرواج، فإنَّه يصرف إلى الأروج.

٤. إن استوت في الرَّواج واختلفت في المالية، فإنَّ البيع يفسد إلاّ أن يبيّنَ أحد النُّقود؛ لأنَّ الجهالة مفضيةٌ إلى المنازعة، إلاَّ أن ترفعَ الجهالة، ينظر: البحر الرائق ٥: ٢٠٤، وشرح الوقاية ص٥٠٠، وغيرهما.

ومَن باعَ صُبْرةَ طعامٍ كلّ قفيز بدرهم جاز البيع في قفيزٍ واحدٍ عند أبي حنيفة ، إلاّ أن يُسمّيَ جملةَ قفزانها، وقالا: يَصحُّ في الكلّ، ومَن باع قطيع غنم كلّ شاة بدرهم فالبيع فاسدٌ في جميعها، وكذلك مَن باع ثوباً مذارعةً كلّ ذراعٍ بدرهمٍ ولم يسمّ جملة الذُّرعان

شئتم»[1].

(**ومَن باعَ صُبْرَةَ**[2] **طعامٍ كلّ قفيز بدرهم جاز البيع في قفيزٍ واحدٍ عند أبي حنيفة ، إلاّ أن يُسمّيَ جملةً قفزانها**)؛ لأنَّ القفيزَ معلومٌ، وثمنه معلوم، وأمكن إفرازُه من غير ضرر، فيصحّ فيه البيع، وما وراءه مجهول فلا يصحّ، بخلاف ما إذا سمَّىٰ جملةَ القفزان؛ لأنَّ الكلّ صار معلوماً.

(**وقالا**) والشَّافِعيّ : (**يَصحُّ في الكلّ**)؛ لأنَّ هذه الجهالةَ ترتفع بفعل أحد المتعاقدين بالكيل، فلا يمنع الجواز كبيع عبد من عبدين علىٰ أن يختار المشتري أَيُّهما شاء.

(**ومَن باع قطيع غنم كلّ شاة بدرهم فالبيع فاسدٌ في جميعها**)؛ للجهالة، فإنَّها مانعة عن التَّسليم؛ لإفضائها إلىٰ المنازعة، وكذلك في الواحد، بخلاف القفيز؛ لأنَّه لا يؤدِّي إلىٰ المنازعة، والاختلاف علىٰ نحو ما ذكرنا آنفاً.

(**وكذلك مَن باع ثوباً مذارعةً كلّ ذراعٍ بدرهمٍ ولم يسمّ جملة الذُّرعان**) لم

---

(١) فعن عبادة بن الصامت ، قال: قال رسول الله : «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد» في صحيح مسلم ٣: ١٢١١، وسنن أبي داود ٣: ٢٤٨، ومسند أحمد ٣٧: ٣٩٧.

(٢) الصُبرة: هي كوم طعام بلا كيل أو وزن. ينظر: فتح باب العناية ٢: ٣٠٤، وغيرها.

ومَن ابتاعَ صبرةَ طعام على أنَّها مئة قفيز بمئة درهم فوجدها أقلّ فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذَ الموجود بحصّته من الثمن وإن شاء فسخ البيع، وإن وجدَها أكثر من ذلك فالزِّيادةُ للبائع، ومَن اشترى ثوباً على أنَّه عشرةُ أذرع بعشرة دراهم، أو أرضاً على أنَّها مئة ذراع بمئة درهم فوجدها أَقلّ، فالمشتري بالخيار: إن شاء أَخذَها بجملةِ الثمن وإن شاء تركها

يجز لما ذكرنا، ولا يصحّ في ذراع واحد؛ لأنَّه مجهول في نفسه، بخلاف القفيز ـ على ما مَرَّ ـ، وقالا: يجوز في جميع هذه الوجوه؛ لما ذكرناه.

(**ومَن ابتاعَ صبرةَ طعام على أنَّها مئة قفيز بمئة درهم فوجدها أقلّ فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذَ الموجود بحصّته من الثمن وإن شاء فسخ البيع**)؛ لأنَّ الثَّمنَ والمثمنَ معلومٌ، إلا أنَّه يثبت له الخيار؛ لأنَّه فاته غرضه[1].

(**وإن وجدَها أكثر من ذلك فالزِّيادةُ للبائع**)؛ لأنَّ البيعَ قد وقعَ على المئة وما وراءه بقي على ملكه.

(**ومَن اشترى ثوباً على أنَّه عشرةُ أذرع بعشرة دراهم، أو أرضاً على أنَّها مئة ذراع بمئة درهم فوجدها أَقلّ، فالمشتري بالخيار: إن شاء أَخذَها بجملةِ الثمن وإن شاء تركها**)؛ لأنَّ صفةَ المبيع[2] قد تَغَيَّرت فله الخيار، ولا يسقط بإزاء النُّقصان شيء من الثَّمن؛ لأنَّ الذراعَ صفة، ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع، والصِّفات لا

---

(١) أي: تفرقت الصفقة عليه، وكذا كل مكيل وموزون ليس في تبعيضه ضرر، كذا في اللباب ١: ٢٣٢.

(٢) والمراد بصفة المبيع أنَّه وصف له، وهو الأمرُ الذي إذا قام بالمحل يوجِب في ذلك المحل حسناً أو قبحاً، فالكمية المحضة لا تكون من الأوصاف، بل هي أصل؛ لأنَّ الكمية عبارةٌ عن قلَّة الأجزاءِ أو كثرتِها، والشيءُ إنَّما يوجد بالأجزاء، والوصف ما يقوم

وإن وجدَها أكثرَ من الذِّراع الذي سمَّاه فهو للمشتري ولا خيار للبائع، وإن قال: بعتُكها على أنَّها مئة ذراع بمئة درهم كلُّ ذراعٍ بدرهمٍ فوجدَها ناقصةً فهو بالخيارِ: إن شاء أَخَذَها بحصَّتِها من الثَّمن، وإن شاء تَرَكَها، وإن وجدَها زائدةً كان المشتري بالخيار: إن شاءَ أخذَ الجميعَ كلّ ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع، ومَن باعَ داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يُسمّ

ينقسم عليها الثَّمن.

(**وإن وجدَها أكثرَ من الذِّراع الذي سمَّاه فهو للمشتري ولا خيار للبائع**)؛ لما ذكرناه آنفاً أنَّه صفة فلا يقابلها شيء من الثَّمن، كمَن اشترى عبداً على أنَّه كاتب، فإذا هو كاتب وخَبّاز.

(**وإن قال: بعتُكها على أنَّها مئة ذراع بمئة درهم كلُّ ذراعٍ بدرهمٍ فوجدَها ناقصةً فهو بالخيارِ: إن شاء أَخَذَها بحصَّتِها من الثَّمن، وإن شاء تَرَكَها**)؛ لأنَّ الذِّراعَ وإن كان صفةً، لكن له صلاحيّة أن يصيرَ مبيعاً، فإذا عَيَّن له الثَّمن صار كلّ ذراع أصلاً بنفسه[1]، وثبوت الخيار؛ لفوات الغرض.

(**وإن وجدَها زائدةً كان المشتري بالخيار: إن شاءَ أخذَ الجميعَ كلّ ذراع بدرهم، وإن شاء فسخ البيع**)؛ لما ذكرنا أنَّ الذِّراعَ صار أصلاً بالتَّسمية، وإنَّما يثبت له الخيار؛ لأنَّه لا يُمكنه الوصول إلى المبيع إلا بأكثر ممّا سمّى.

(**ومَن باعَ داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يُسمّ**)؛ لأنَّ الاسمَ يشتمل على

بالشَّيءِ فلا بدَّ أن يكون مؤخَّراً عن وجودِ ذلك الشَّيء، فالكميةُ التي يختلفُ بها الكيفية كالذَّرع في الثَّوبِ أمرٌ يختلفُ به حسنُ المزيدِ عليه، كذا في شرح الوقاية ٤: ٦.

(١) لأنَّ الوصف وإن كان تابعاً لكنَّه صار أصلاً بإنفراده بذكر الثمن، فينزل كل ذراع منزلة ثوب، كما في اللباب ١: ٢٢٣.

ومَن باعَ أرضاً، دخلَ ما فيها من النَّخل والشَّجر في البيع وإن لم يُسمّ، ولا يدخل الزَّرع في بيع الأرض إلا بالتَّسمية، ومَن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمرة فثمرتُه للبائع إلا أن يشترطَها المبتاع، ويُقال للبائع: اقطعها وسَلِّم المبيعَ إلى المبتاع

العرصة والبناء جميعاً[1].

(**ومَن باعَ أرضاً، دخلَ ما فيها من النَّخل والشَّجر في البيع وإن لم يُسمّ، ولا يدخل الزَّرع في بيع الأرض إلا بالتَّسمية**)؛ لأنَّ الشَّجرَ متصلٌ اتصال بقاء، وليس لانتهائه زمان، فأشبه البناء، بخلاف الزَّرع؛ لأنَّه مودع فيه عارية، فأشبه المتاع في الدَّار.

(**ومَن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمرة فثمرتُه للبائع إلا أن يشترطَها المبتاع**)؛ اعتباراً بالزَّرع في بيع الأرض.

وعند مالك والشَّافِعيّ ﷺ في النَّخل إن كانت قد أُبِّرَتْ[2] لم تدخل في البيع، وإن لم تُؤَبر دخلت؛ لقوله ﷺ: «مَن باع نخلاً قد أُبِّرَتْ فثمرتها للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع»[3]، إلا أنَّ الحديثَ بعضَه حجّة لنا، وبعضَه لا حجّة له فيه، فإنَّه مسكوت عنه.

(**ويُقال للبائع: اقطعها وسَلِّم المبيعَ إلى المبتاع**)، وكذلك إن كانت فيها زرع؛ لأنَّ العقدَ يقتضي تسليماً بإزاءِ تسليم.

---

(١) أي في العرف، وهو متصل به اتصال قرار، فيدخل تبعاً له، والأصل في جنس هذا: أن كلَّ ما كان اسم المبيع متناولاً له عرفاً، أو كان متصلاً به اتصال قرار ـ وهو ما وضع لا ليفصل ـ دخل من غير ذكر، كما في اللباب ص٢٣٤.

(٢) أي: لقحت، كما في المصباح ص٢.

(٣) في صحيح البخاري ٢: ٨٣٨، وصحيح مسلم ٣: ١١٧٢، وغيرهما.

ومَن باع ثمرةً لم يبدو صلاحها أو قد بدا جاز البيع، ووجب على المشتري قطعها في الحال، فإن شرط تركها على النخل فسد البيع

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: على المشتري تركَها إلى حين صلاح الثَّمرة، واستحصاد الزَّرع؛ لجريان العرف به، فإنَّ الثَّمرةَ لا تقطع إلا بعد البلوغ، وكذلك الزَّرعُ، إلاّ أنَّ العرفَ مشتركُ الدَّلالة، فلا تقوم به الحجّة.

(**ومَن باع ثمرةً لم يبدو صلاحها أو قد بدا جاز البيع**)[1]؛ لأنَّه باعَ معلومَ العين، مقدور التَّسليم، (**ووجب على المشتري قطعها في الحال**)؛ تفريغاً لملك البائع عن مبتاعه.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: إذا لم يبدو صلاحها لا يجوز إلا بشرط القطع؛ لأنَّه «ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»[2]، وقد ترك ظاهره، حيث جوّز البيع بشرط القلع.

(**فإن شرط تركها على النخل فسد البيع**)؛ لأنَّه شرطُ ما لا يقتضيه العقد؛ إذ

---

(١) أي: ومن باع ثمرة بارزة ظهر صلاحها أو لا صحَّ، ولو برز بعضها دون بعض لا في ظاهر المذهب، ويقطعها المشتري في الحال، فإن شرط تركها على الأشجار فسد، وقيل: لا إذا تناهت، وبه يفتى. ينظر: التنوير ص١٢٥. وقال صاحب الفتح٥: ٤٨٨: لا خلافَ في عدمِ جوازِ بيعِ الثِّمارِ قبل أن تظهر، ولا في عدمِ جوازِهِ بعد الظّهورِ قبل بدو الصَّلاحِ بشرطِ التّرك، ولا في جوازِهِ قبل بدوّ الصّلاحِ بشرطِ القطعِ فيما ينتفعُ به، ولا في الجوازِ بعد بدوّ الصلاح، لكنّ بدوّ الصّلاح عندنا أن تؤمنَ العاهةُ والفساد.

(٢) فعن أنس ﷺ مرفوعاً في صحيح مسلم ٣: ١١٦٥، وصحيح البخاري ٢: ٧٨٣، وغيرهما. وفي صحيح مسلم ٣: ١١٦٥ عن ابن عمر ﷺ: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة».

فيه نفع لأحد المتعاقدين، وقد «نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط»[1].

والشَّافِعيّ ﷺ: جوَّزَ شرط التَّرك إذا بدا صلاحها؛ اعتباراً للعرف، وقد ذكرنا أنَّ العرفَ مشترك؛ لأنَّه قد يقطع بُسراً أو حصرماً.

(**ولا يجوز أن يبيعَ ثمرة ويستثني منها أرطالاً معلومة**)[2]؛ لأنَّه يؤدّي إلى جهالة الباقي، وقياس مالك ﷺ على استثناء نخلة معيّنة لا يصحّ؛ لأنَّ الباقي بعد الاستثناء معلوم بالمشاهدة، فافترقا.

(**ويجوز بيعُ الحنطةِ في سنبلِها**)، وكذلك الأَرز والسِّمسم في أكمامه؛ «لنهيه ﷺ عن بيع الطعام حتى يشتدّ»[3]، وهذا يقتضي الجواز إذ اشتدّ.

---

(1) في مسند أبي حنيفة ص١٦٠، والمعجم الأوسط ٤: ٣٣٥، وغيره.

(2) ما ذكره المصنف ﷺ، مشى عليه فيالوقاية ٤: ٩ وشرحها لصدر الشريعة، لكن صاحب الهداية٣: ٢٦ قال: قالوا هذا روايةُ الحسن ﷺ، وهو قول الطحاوي ﷺ، وأمّا على ظاهر الرِّواية ينبغي أن يجوز؛ لأنَّ الأصلّ إنَّما يجوزُ إيرادِ العقدِ عليه بانفراده، ويجوزُ استثناؤه من العقد، وبيع قفيز من صبرةٍ جائز، فكذا استثناؤه، وبخلاف استثنائه الحمل وأطرافَ الحيوان؛ لأنَّه لا يجوزُ بيعه، فكذا استثناؤه. واختار ظاهر الرواية صاحب الكنزص٩٧، والتنويرص١٢٦، والملتقى ص١٠٩.

(3) فعن أنس ﷺ: «أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد» في سنن أبي داود ٣: ٢٥٣، وسنن الترمذي ٣: ٥٢٢، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة»، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤٧، ومسند أحمد ٢١: ٣٧، والمستدرك ٢: ٢٣، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه».

والباقلاء في قشرها، ومن باع داراً دخل في البيع مفاتيح أَغلاقها وإن لم يسم، وأُجرةُ الكيال على البائع، وكذلك أجرةُ ناقد الثَّمن وأُجرة وَزَّان الثَّمن على المشتري، ومَن باع سلعة بثمن قيل للمشتري: ادفع الثمن أولاً

واحتجَّ الشَّافِعيّ ﷺ في فساده بقوله ﷺ: «لا تبيعوا الطعام حتى يفرك»[1]، ولا حجّة له فيه، فإنَّ معناه: حتى يبلغ غاية يتأتى فيه الفرك، وهذا هو المعهود، ويقال: أُمطرنا والشَّعير قد أفرك.

(**والباقلاء في قشرها**)؛ لتعامل النَّاس في سائر الأعصار والأمصار من غير نكير.

والشَّافِعيّ ﷺ يعتبر خروجه من قشره الأوَّل، وكذا الجوز واللَّوز والفستق؛ لأنَّه مستور بما لا منفعة له فيه، إلا أنّا لا نُسلِّم ذلك، فإنَّ رطوبةَ الباقلاء لا تبقى بدون القشر الأخضر، فصار كقشر الرُّمان.

(**ومن باع داراً دخل في البيع مفاتيح أَغلاقها وإن لم يسم**)؛ لأنَّ الغلقَ من أجزاء الدَّار، والمفتاحُ جزءٌ منه، فيدخل في البيع تبعاً.

(**وأُجرةُ الكيال على البائع**)؛ لأنَّه عامل له في تمييز المبيع من غيره، (**وكذلك أجرةُ ناقد الثَّمن**)؛ لأنَّه يدفع عنه مؤنة الردّ بالعيب، فكان عاملاً له، (**وأُجرة وَزَّان الثَّمن على المشتري**)؛ لأنَّه يحتاج إلى تعيين الثَّمن وتمييزه.

(**ومَن باع سلعة بثمن قيل للمشتري: ادفع الثمن أولاً**)؛ لتعيّن حقّ البائع كما تعيّن حقّه.

---

(١) فعن أنس ﷺ قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحب حتى يفرك، وعن بيع النخل حتى يزهو، وعن الثمار حتى تطعم» في السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٤٩٥، وقال البيهقي: «وهذا إسناد ضعيف».

فإذا دفع الثَّمن قيل للبائع: سَلِّم المبيع، ومَن باع سلعةً بسلعةٍ، أو ثمناً بـثمن، قيـل لهما: سَلِّما معاً.

باب خيار الشَّرط: خيار الشَّرط جائزٌ في البيع ....

(**فإذا دفع الثَّمن قيل للبائع: سَلِّم المبيع**)، اعتباراً للمعادلة.

(**ومَن باع سلعةً بسلعةٍ، أو ثمناً بثمن، قيل لهـما: سَـلِّما معـاً**)؛ لأنَّـه لا مزيـة لأحدهما على الآخر.

بابُ خيار الشَّرط

(**خيار الشَّرط جائزٌ في البيع**)، والقياسُ أن لا يجـوز؛ لأنَّـه يـدخل في حكـم العقد، وهو الملك فيؤخِّره، إلا أنَّه جُوِّز استحساناً؛ لقوله ﷺ لحَبَّان بن منقـذ رضي الله عنه[1]: «إذا بايعت فقل: لا خِلابة، ولي الخيار ثلاثاً»[2]، والخِلابة: الخداع.

---

(١) هو حَبَّان بْن منقذ بْن عَمْرو بْن عطية الأنصاري الخزرجي المازني، له صحبة، وشهد أُحداً وما بعدها، وتزوج زينب الصغرى بنت ربيعة بْن الحارث بْن عبد المطلب، فولدت يحيى بْن حبان، وواسع بْن حبان، وهو جد مُحَمَّد بْن يَحْيَى بْن حبان شيخ مالك، وهو الَّذِي قَالَ لَهُ النَّبِيّ ﷺ: «إذا بعت فقل لا خلابة»، وكان في لسانه ثقل، فإذا اشترى يقول: لا خيابة، لأنَّه كان يخدع في البيع، لضعف في عقله، وتوفي في خلافة عثمان رضي الله عنه. ينظر: أسد الغابة ١: ٤٣٧، والإصابة ٢: ١٠.

(٢) فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أنَّ رجلاً ذكر للنبي ﷺ، أنَّه يخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل لا خلابة» في صحيح البخاري ٣: ٦٥، واللفظ له، وصحيح مسلم ٣: ١١٦٥، وعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: (إنَّ حبان بن منقذ رجلاً ضعيفاً وكان قد سفع في رأسه مأمومة، فجعل رسول الله ﷺ له الخيار فيما اشترى ثلاثاً) في سنن البيهقي الكبير ٥: ٢٧٣، والمنتقى ١: ١٤٦، والسنن المأثورة ١: ٢٨٣، وغيرها.

للبائع والمشتري، ولهما الخيار ثلاثة أَيّام فما دونها، ولا يجوز أكثر من ثلاثةِ أَيّام عند أَبي حنيفة ﷺ، وقالا: يجوز إذا سَمّى مُدّة معلومة، وخيارُ البائع يمنع خروج المبيع من ملكه، فإن قبضَه المشتري فهَلَكَ في يده ضَمِنَه بالقيمة، وخيارُ المشتري لا يمنع خروج المبيع من مِلك البائع، إلاّ أنَّ المشتري لا يَملكُه عند أبي حنيفة ﷺ

(**للبائع والمشتري، ولهما الخيار ثلاثة أَيّام فما دونها**)؛ لأَنَّه شُرِعَ للتَّروي والتفكّر، وهما في الحاجة إلى ذلك سواء، (**ولا يجوز أكثر من ثلاثةِ أَيّام عند أَبي حنيفة ﷺ**)؛ لأَنّه ثبت على خلاف القياس بالنصّ، فيبقى الباقي على الأصل.

(**وقالا: يجوز**) أكثر من ذلك (**إذا سَمّى مُدّة معلومة**)؛ اعتباراً بالأَجل.

والفرق: أنَّ الأجلَ لم يرد فيه التَّوقيت، بخلاف الخيار.

(**وخيارُ البائع يمنع خروج المبيع من ملكه**)؛ لأنَّ أثرَ الخيار في تأخير حكم العقد، ولهذا لو أُعتق البائعُ العبد يعتق، فلو كان الملك منتقلاً عنه لما نفذ عتقه.

وقال الشَّافِعيّ ﷺ في قولٍ: مَلكه المشتري بالعقد، والخيارُ لا يمنع من ذلك، كخيار العيب.

والفرق: أنَّ خيارَ العيب لا يمنع تصرُّفَ المشتري، فلا يمنع الملك، بخلاف خيار الشَّرط.

(**فإن قبضَه المشتري فهَلَكَ في يده ضَمِنَه بالقيمة**)؛ لأنَّ الملكَ لَمَّا لم ينتقل إليه صار كالمقبوض على سوم الشِّراء.

(**وخيارُ المشتري لا يمنع خروج المبيع من مِلك البائع**)؛ لأنَّ البيعَ لازم في حقِّه، (**إلاّ أنَّ المشتري لا يَملكُه**)، ولا يدخل في ملكه (**عند أبي حنيفة ﷺ**)؛ لأنَّ الثَّمنَ لا يخرج عن ملكه، فلو دخل المبيعُ في ملكه لاجتمع البدل والمبدل في ملك واحد، وذا لا يجوز.

وقالا: يملكُه، فإن هَلَكَ في يدِه هَلَكَ بالثَّمن، وكذلك إن دخلَه عيبٌ، ومَن شَرَطَ الخيارَ لنفسِه فله أَن يَفْسَخَ في مُدّة الخيار وله أَن يُجيزَه، فإن أَجازه بغير حضرة صاحبه جاز، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً، وإذا مات مَن له الخيارُ بَطَلَ خيارُه ولم يَنْتَقِل إلى ورثته

(**وقالا**) والشَّافِعيّ ﷺ: (**يملكُه**)؛ لأنَّه زال ملك البائع، فلو لم يثبت الملك للمشتري لكان مِلْكاً لا مالك له، إلا أنَّ هذا ليس بمحال إذا كان بحال سيوجد له مالك، كالموصي إذا مات يزول ملكه ويقف إلى قَبول الموصى له، كذا هذا.

(**فإن هَلَكَ في يدِه هَلَكَ بالثَّمن**)؛ لأنَّ البيعَ قد انبرم حيث عجز عن فسخه، (**وكذلك إن دخلَه عيبٌ**)؛ لأنَّه لم يقدر أن يردَّه كذلك، ومن شرط الخيار أن يردَّه كما قبضه.

(**ومَن شَرَطَ الخيارَ لنفسِه فله أَن يَفْسَخَ في مُدّة الخيار وله أَن يُجيزَه**)؛ لأنَّ فائدةَ الخيار هذا، (**فإن أَجازه بغير حضرة صاحبه جاز**)؛ لأنَّه إسقاط حقّه فلا يقف على حضور الآخر كالطَّلاق والعتاق، (**وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً**)؛ لأنَّ رفعَ العقد كالعقد، فلا يقوم بأحدهما كالإقالة والردّ بالعيب.

وقال أبو يوسف والشَّافِعيّ ﷺ: يجوز؛ اعتباراً بالإجازة.

والفرق: أنَّ الفسخَ إلزامُ الحكم على الغير، فيشترط حضوره، بخلاف الإجازة، فافترقا من هذا الوجه.

(**وإذا مات مَن له الخيارُ بَطَلَ خيارُه ولم يَنْتَقِل إلى ورثته**)؛ لأنَّ البائعَ رضي بثبوت الخيار للمورث لا للوارث وصار كالأجل.

وقياس الشَّافِعيّ ﷺ على خيار العيب لا يصحّ؛ لأنَّ خيارَ العيب في معنى المال؛ ولهذا وجبَ المال إذا تعذَّرَ الردّ.

ومَن باع عبداً على أنَّه خَبَّازٌ أو كاتبٌ فوجد خلاف ذلك فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذه بجميعِ الثَّمن وإن شاء تركه.

(**ومَن باع عبداً على أنَّه خَبَّازٌ أو كاتبٌ فوجد خلاف ذلك**[1] **فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذه بجميعِ الثَّمن وإن شاء تركه**)؛ لأنَّه بفوات تلك الصِّفة يفوت غرضه، فصار كالعيب، والله أعلم.

---

(١) كلام المصنف هنا عن خيار الوصف: وهو حق يثبت إذا باع مالاً بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف، كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى.

والضابط فيه: أنَّ كل وصف لا يكون فيه غرر ـ أي احتمال العدم ـ فاشتراطه صحيح، وإذا ظهر المبيع خالياً عنه أوجب ذلك الخيار للمشتري، فله فسخ البيع وترك المبيع للبائع؛ لأنَّ المشتري قَبِلَ المبيع بشرط أن يكون مشتملاً على الوصف المرغوب فيه، وله قبول المبيع بجميع الثمن المسمّى، وليس له أن يحط من الثمن في مقابلة ذلك الوصف؛ لأنَّ ذلك الوصف قد دخل في المبيع تبعاً، فلا يكون للوصف حصة من الثمن.

والوصف الذي لا غرر فيه: أن يكون بحيث يمكن معرفته والوقوف على وجوده: ككونه كاتباً أو خبازاً، فإنَّه يمكن أن يأمره البائع بالكتابة أو الخَبز فتظهر الصفة.

والوصف الذي فيه غرر: وهو ما لا سبيل إلى معرفته، فلا يجوز اشتراطه، فبيع البقرة على أنَّها حامل أو تحلب مقدار كذا من اللبن في اليوم، غير صحيح، لأنَّه لا يعلم ما في بطن البقرة وضرعها أحمل أو انتفاخ أو لبن، كما في درر الحكام ١: ٣٠٦، وشرح الأتاسي ٢: ٢٥٤، وغيرهما.

باب خيار الرُّؤية

(ومَن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائزٌ، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء ردّه)؛ لقوله ﷺ: «مَن اشترى ما لم يره، فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء ردّه»[1].

ولا حجّة للشَّافعيّ رضي الله عنه في «نهيه ﷺ عن بيع الغرر»[2]؛ لأنَّ الغررَ ما كان على خطر الوجود، والكلامُ فيما إذا قال: بعتُك ما في كمي هذا، فلم يتناوله الخبر.

(ومَن باع ما لم يره فلا خيار له)؛ لما روي: «أنَّ عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه[3]، فقال عثمان رضي الله عنه: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره، وقال طلحة رضي الله عنه: لي الخيار؛ لأنّي اشتريت ما لم أَره، فحكّما جُبير بن مُطْعِم رضي الله عنه فجعل الخيار لطلحة رضي الله عنه»[4]، وكان ذلك بمحضر من الصَّحابة من غير نكير، فدلَّ الحديث على المسألتين جميعاً.

---

(١) قوله ﷺ: (من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه) في سنن البيهقي الكبير ٥: ٢٦٨، وسنن الدارقطني ٣: ٤، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٢٦٨، وشرح معاني الآثار ٤: ٩، وغيرها، وينظر: إعلاء السنن ١٤: ٦١-٦٥، وغيره.

(٢) في صحيح مسلم ٣: ١١٥٣، وصحيح البخاري ٢: ٧٥٤، وغيرهما.

(٣) هو طلحة بن عبيد الله بن عثمان بن عمرو بن كعب بن سعد، أحد العشرة المبشرين بالجنَّة، وأحد الثمانية الذين سبقوا إلى الإسلام، قُتل يوم الجمل، وكان يوم الخميس لعشر خلون من جمادى الآخرة سنة ست وثلاثين، وقيل: قتل في رجب، وقيل: في ربيع أو نحوه. ينظر: تهذيب الكمال ١٣: ٤١٢-٤٢٤.

(٤) في شرح معاني الآثار ٤: ٩، وقال الطحاوي: والآثار في ذلك قد جاءت متواترة

وإن نظرَ إلى وجهِ الصُّبْرة، أو إلى ظاهر الثَّوب مطوياً، أو إلى وجه الجارية، أو إلى وجه الدَّابة وكَفَلها، فلا خيار له، وإن رأى صحن الدَّار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها، وبيع الأعمى وشراؤه جائزٌ، وله الخيار إذا اشترى شيئاً، ويسقط خيارُه بجسِّ المبيع إذا كان يُعْرَف بالجسِّ، أو بشمِّه إذا كان يُعْرَفُ بالشمِّ، أو بذوقِه إذا كان يُعْرَفُ بالذَّوق

(**وإن نظرَ إلى وجهِ الصُّبْرة، أو إلى ظاهر الثَّوب مطوياً، أو إلى وجه الجارية، أو إلى وجه الدَّابة وكَفَلها**[1]**، فلا خيار له**)؛ لأنَّ رؤيةَ جميعه متعذّر، فيعتبر رؤية ما يدلّ على الباقي.

(**وإن رأى صحن الدَّار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها**)؛ لأنَّ ذلك يدلُّ على الباقي، وقال زُفر ﷺ: لا بُدّ من رؤية داخل البيوت، وهو القياس؛ لأنَّ ذلك قد يختلف.

وقيل: إنَّ أبا حنيفة ﷺ أفتى على ما رأى بالكوفة، فإنَّ تقطيع الدَّار لا يختلف عندهم بالصِّغر والكبر.

(**وبيع الأعمى وشراؤه جائزٌ**)؛ لأنَّه مكلّفٌ محتاج، (**وله الخيار إذا اشترى شيئاً**)؛ لأنَّه اشترى ما لم يره، (**ويسقط خيارُه بجسِّ المبيع إذا كان يُعْرَف بالجسِّ، أو بشمِّه إذا كان يُعْرَفُ بالشمِّ، أو بذوقِه إذا كان يُعْرَفُ بالذَّوق**)؛ لأنَّ هذا من طريقِ المعرفة في حقّ البصير، ففي حقّ الأعمى أولى.

وإن كان أكثرها منقطعاً، فإنَّه منقطع، لم يضاده متصل. وينظر: نصب الراية ٤: ٤٤٣، وغيره.

(١) الكَفَلُ: بالتحريك: العَجُزُ، وقيل: ردف العجز، وقيل: القطن يكون للإنسان والدابة، وإنَّما لعجزاء الكفل، والجمع أكفال، ولا يشتق منه فعل ولا صفة، كما في لسان العرب ٥: ٣٩٠٥.

ولا يسقط خِياره في العقار حتى يُوصَف له، ومَن باع ملكَ غيره بغيرِ أَمره فالمالـكُ بالخيارِ: إن شاء أَجازَ البيع وإن شاءَ فَسَخ

(**ولا يسقط خِياره في العقار حتى يُوصَف له**)؛ لأَنَّه لا طريق إلى معرفة ذلك إلا بالوصف.

وقال أبو يوسف ﷺ: يوقف في موضع لو كان بصيراً لرآه، ثمّ يوصف له فيسقط خياره؛ لأنَّ هذا أقصى ما يقدر عليه.

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: بيعُ الأعمى وشراؤه باطلٌ؛ بناءً على مذهبه: أنَّ شراءَ ما لم يره باطل، فكذلك البيع، وهذا بعيد؛ لأنَّ كثيراً من الصَّحابة ﷺ عموا: كالعبَّاس، وابنه، وجابر، وابن عمر، وابن منقذ[1]، ولم ينتقل منعهم من البياعات.

(**ومَن باع ملكَ غيره بغيرِ أَمره**[2] **فالمالكُ بالخيارِ: إن شاء أَجازَ البيع وإن شاءَ فَسَخ**)؛ لأنَّ فيه نظراً للجانبين من غير ضرر، وقد جَوَّزَ النَّبيُّ ﷺ ذلك: «لَمَّا أعطى عروة البارقي ديناراً ليشتري له به أُضحية، فاشترى به شاتين، وباع أحدَهما

(١) فعن طلحة بن يزيد بن ركانة، أنَّه كلم عمر بن الخطاب ﷺ في البيوع، قال: «ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ، إنَّه كان ضرير البصر» في سنن الدارقطني ٤: ٦.

(٢) يتكلم المصنف عن بيع الفضولي: وهو بيع مال الغير بغير إذن صاحبه، كما في درر الحكام ١: ٤٠٣-٤٠٤، والفضولي: هو من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي، كما في مرآة المجلة ١: ١٧٧، وحكم هذا البيع: لا حكم له يعرف للحال؛ لاحتمال الإجازة والردّ من المالك، فيتوقف في الجواب في الحال لا أن يكون التوقف حكماً شرعياً، كما في بدائع الصنائع ٥: ٣٠٥- ٣٠٦.

وله الإجازةُ إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدين بحالهما، وَمَن رأَى أَحَدَ الثوبَيْن فاشتراهما ثُمَّ رأى الآخر جاز له أن يَرُدَّهما، ومَن مات وله خِيارُ الرُّؤية بَطَلَ خِيارُه، ومَن رأى شيئاً ثمّ اشتراه بعد مدّة: فإن كان على الصِّفة التي رآه عليها فلا خيار له، وإن وَجَدَه مُتغيِّراً فله الخيار

بدينار، وجاء بدينار وشاة إلى النبي ﷺ، فقبل ودعا له بالبركة»[1]، ولو لم ينعقد كما قال الشَّافِعيّ لَمَا أجازه النَّبيّ ﷺ.

(**وله الإجازةُ إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدين بحالهما**)؛ لأنَّ العقدَ يبقى ببقاء العاقد والمحلّ حكماً، فأمّا إذا هَلَكَ المحلُّ أو أحدُ المتعاقدين فالإجازة تلحق العدم.

(**وَمَن رأَى أَحَدَ الثوبَيْن فاشتراهما ثُمَّ رأى الآخر جاز له أن يَرُدَّهما**)؛ لأنَّ رَدّ أحدهما يؤدّي إلى تفريق الصفقة قبل تمامها.

(**ومَن مات وله خِيارُ الرُّؤية بَطَلَ خِيارُه**)؛ لأنَّ اختياره بطل بموته.

(**ومَن رأى شيئاً**[2] **ثمّ اشتراه بعد مدّة: فإن كان على الصِّفة التي رآه عليها فلا خيار له**)؛ لأنَّه اشترى ما رأى، (**وإن وَجَدَه مُتغيِّراً فله الخيار**)؛ لفوات الصِّفة.

---

(1) فدعا له النبي ﷺ: «بارك الله لك في صفقة يمينك» في سنن الترمذي ٣: ٥٥١، والمعجم الكبير للطبراني ١٧: ١٦٠، وسنن الدراقطني ٣: ٣٩٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٥٦، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٨٥، وغيرها.

(2) أي: قاصداً لشرائه؛ وإنَّما قيّدنا قاصداً لشرائه عند رؤيتِهِ؛ لأنَّه لو رآه لا لقصدِ الشراءِ ثمَّ اشتراهُ فله الخيار؛ لأنَّه إذا رأى لا لقصد الشراءِ لا يتأمّل كلَّ التأمّل فلم يقع معرفته، كما في مجمع الأنهر ٢: ٣٩.

بابُ خِيار العيب

(إذا اطّلع المشتري على عيب[1] في المبيع، فهو بالخيار[2]: إن شاءَ أخذه بجميع الثمن، وإن شاءَ ردّه)[3]

---

(١) العيب: وهو ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً، كما في رد المحتار ٤: ٧١، وبدائع الصنائع ٥: ٢٧٤، وغيرهما. والتعويل في تحديد العيب الموجب للخيار على عرف التجار، فما نقصّ الثمن في عرفهم، فهو عيب يوجب الخيار، وما لا ينقص الثمن فلا يعتبر عيباً يوجب الخيار، كما في الوقاية ص٥١٤، وتبيين الحقائق ٤: ٣١، وبدائع الصنائع ٥: ٢٧٤، ومنتهى النقاية ص٥١٤، وغيرها.
واليسير: ما يدخل تحت تقويم المقومين، كما إذا قوم سليماً بألف ومع العيب بأقل ومع العيب بأقل، وقومه آخر مع العيب بألف أيضاً.
والفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، كما إذا قوم سليماً بألف، وكل قوموه مع العيب بأقلّ، كما في رد المحتار ٢: ٧١، وغيره.

(٢) ومن الأدلة على ثبوت خيار العيب؛ فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: (مَن اشترى شاة محفّلة فردها فليرد معها صاعاً من تمر) في صحيح البخاري ٢: ٧٥٥، والصاع من التمر كأنَّه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري، علمه رسول الله ﷺ بطريق المشاهدة. وعن عائشة رضي الله عنها: (إنَّ رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبي ﷺ، وبه عيبٌ لم يعلم به، فاستغله ثم علم العيب، فردّه فخاصمه إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، إنَّه استغله منذ زمان، فقال رسول الله ﷺ: الغلة بالضمان) في المستدرك ٢: ١٨، وقال صحيح الإسناد، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٣٢١، وشرح معاني الآثار ٤: ٢١، وغيرها.

(٣) ولأنَّ العقد يقتضي السلامة، فعند فواته يتخيّر، كيلا يتضرّر بلزوم ما لا يرضى، كما في اللباب ١: ١٩٠.

وليس له أن يمسكَه ويأخذ النُّقصان، وكلُّ ما أَوجب نُقصان الثَّمن في عادةِ التُّجار فهو عيبٌ، والإباقُ والبولُ في الفراش والسرقةُ عيبٌ في الصغير ما لم يبلغ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يُعاودَه بعد البلوغ

لأنَّه ما رضي إلا بالسَّليم من المبيع[1]، (**وليس له أن يمسكَه ويأخذ النُّقصان**)؛ لأنَّه إذا أمسكه فقد رضي به؛ ولأنَّ الفائتَ وصف، ولا يقابله الثمن إلا عند الضرورة.

(**وكلُّ ما أَوجب نُقصان الثَّمن في عادةِ التُّجار فهو عيبٌ**)؛ لأنَّه تقلُّ الرَّغبة فيه بفوات بعض الغرض.

(**والإباقُ والبولُ في الفراش والسرقةُ عيبٌ في الصغير ما لم يبلغ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يُعاودَه بعد البلوغ**)، يعني لا يُردّ بما كان منه في الصِّغر؛ لأنَّ الظَّاهرَ زوال ذلك بالبلوغ؛ لأنَّ سببَه قلّة المعرفة، وضعف خلقة المثانة، وأمّا بعد البلوغ كان غير الأوَّل؛ لأنَّ سببَه الخبث، والطَّبع الرَّديء[2].

---

(١) قال ﷻ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩]؛ إذ السلامة لما كانت مرغوبة للمشتري، ولم تحصل، فقد اختل رضاه، وهذا يوجب الخيار؛ لأنَّ الرضا شرط صحّة البيع، فانعدام الرضا يمنع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه؛ إثباتاً للحكم على قدر الدليل، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢٧٤، وغيره.

(٢) وبعبارة أخرى كما في الهداية: ٣٥٧-٣٥٨: «ومعناه: إذا ظهرت عند البائع في صغره، ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده؛ لأنَّه عين ذلك، وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده؛ لأنَّه غيره، وهذا لأنّ سببَ هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة، وبعد الكبر لداء في باطنه، والإباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن، والمراد من الصغير من يعقل، فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيباً».

والبَخَرُ والدَّفَر عيبٌ في الجارية، وليس بعيب في الغلام إلا أن يكون من داء، والزِّنا وولد الزِّنا عيبٌ في الجارية، وليس بعيب في الغلام، وإذا حَدَثَ عند المشتري عيبٌ ثُمَّ اطّلع على عيبٍ كان عند البائع فله أن يرجعَ بنقصان العيب

(**والبَخَرُ**[1] **والدَّفَر**[2] **عيبٌ في الجارية**)؛ لأَنَّه قد يقصد بها الفراش، وذلك يخلّ به، (**وليس بعيب في الغلام**)؛ لأَنَّه يقصد به الخدمة (**إلا أن يكون من داء**)[3]، فيصير كالمرض.

(**والزِّنا وولد الزِّنا عيبٌ في الجارية**)؛ لأَنَّه رُبَّما يستولدها، فيلحق العار بالولد، (**وليس بعيب في الغلام**)؛ لأَنَّه لا يخلّ بالمقصود، إلا أن يكون مدمناً على ذلك؛ لأَنَّه يقطعه عن الخدمة.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: ما كان عيباً في الجارية، فهو عيبٌ في الغلام؛ لأَنَّهما في الماليّة سواء.

قيل له: المالُ إنَّما يتموّل للانتفاع به، فإذا كان العيبُ لا يخلّ بالانتفاع المطلوب منه لا يُعَدّ عيباً، وصار كما في البهائم.

(**وإذا حَدَثَ عند المشتري عيبٌ ثُمَّ اطّلع على عيبٍ كان عند البائع فله أن يرجعَ بنقصان العيب**)[4]؛ لتعذّر الردّ بحدوث عيب حادث؛ لأَنَّه لا يمكنه ردّه كما

---

(١) البَخَرُ: بفتحتين: نَتْنُ الفَمِ، وبابه طرب، فهو أَبْخَرُ، كما في مختار الصحاح ص٤٢.

(٢) الدَّفَرُ: مصدر دَفَر إذا خبثت رائحته، وبالسكون النتن اسم منه، كما في المغرب ص١٦٤.

(٣) أي: إن لم يكن فاحشاً، فليس بعيب، وإن كان فاحشاً بحيث يمنعه من قربان سيده، فهو عيب، كما في الينابيع ق٤٥/ ب.

(٤) ولأنَّ في الردّ إضراراً بالبائع؛ لأَنَّه خرجَ من ملكِهِ سالماً وصار مَعيباً فامتنع، ولكن

ولا يَرَدَّ المبيعَ إلاّ أن يرضى البائعُ أن يأخذَه بعيبه، وإن قطع المشتري الثَّوب وخاطه، أو صبغه، أو لَتَّ السَّويق بسمن، ثُمَّ اطّلع على عيب، رجع بنقصانه، وليس للبائع أن يأخذه، ومَن اشترى عبداً فأعتقه أو مات ثُمَّ اطّلع على عيبٍ رجع بنقصانه، فإن قتلَ المشتري العبد، أو كان طعاماً فأَكله لم يرجع بشيءٍ عند أبي حنيفة

قبض، (**ولا يَرَدَّ المبيعَ إلاّ أن يرضى البائعُ أن يأخذَه بعيبه**)؛ لأنَّه أسقط حقّه.

(**وإن قطع المشتري الثَّوب وخاطه، أو صبغه، أو لَتَّ السَّويق بسمن، ثُمَّ اطّلع على عيب، رجع بنقصانه**)؛ لأنَّه تعذَّر ردّه من طريق الحكم لاتصاله بغير المبيع، وتعذّر انفصاله، (**وليس للبائع أن يأخذه**)؛ لاتصال ملك المشتري به.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: إن رضي البائعُ أن يأخذَه ويعطيَ قيمةَ الصَّبغ، تَخَيَّرَ المشتري بين الردّ والإمساك به بغير شيء؛ لأنَّه قدر على استدراك حقّه بالردّ.

قيل له: نعم، لكن بفوات حقِّه في غير ملكه، وهو الصَّبغ.

(**ومَن اشترى عبداً فأعتقه أو مات ثُمَّ اطّلع على عيبٍ رجع بنقصانه**)؛ لتعذّر الرّدّ.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: لا يرجع في الإعتاق، وهو القياس؛ لأنَّ الرَّدّ امتنع بفعله.

ووجه الاستحسان: أنَّ الإعتاقَ إنهاءُ الماليّة قصداً، وانتهاءُ الماليّة تبعاً لانتهاء الحياة بالموت يوجب الرُّجوع، فهذا أولى.

(**فإن قتلَ المشتري العبد، أو كان طعاماً فأَكله لم يرجع بشيءٍ عند أبي حنيفة**)

لا بُدّ من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان، كما في اللباب ١: ٢٤٧.

وقالا: يرجع، ومَن باع عبداً فباعه المشتري ثُمَّ ردَّه عليه بعيب فإن قبله بقضاء القاضي فله أن يردّه على بائعه، وإن قبله بغير قضاء القاضي فليس له أن يردّه

لأنَّ الرّدّ تعذَّرَ بفعل المشتري، فصار كأنَّه أمسكه حكماً.

(**وقالا**) والشَّافِعيّ ﷺ: (**يرجع**)[1] بنقصان العيب في الأكل؛ لأنَّه إنهاءَ الماليّة فصار كالعتق.

(**ومَن باع عبداً فباعه المشتري ثُمَّ ردَّه عليه بعيب فإن قبله بقضاء القاضي فله أن يردّه على بائعه**)؛ لأنَّ البيع قد انفسخ فصار كأن لم يزل في ملكه، (**وإن قبله بغير قضاء القاضي فليس له أن يردّه**) على بائعه الأوَّل؛ لأنَّه حدث في يده بملك جديد.

وقياس الشَّافِعيّ ﷺ على الأوّل لا يصحّ؛ لأنَّ حكمَ الحاكم نافذ على الكافّة بخلاف اصطلاحهما.

---

(١) فمن شروط ثبوت حق الرجوع أن لا يكون امتناعُ ردِّ المبيع من قبل المشتري، فإن كان من قبله لا يرجع بالنُّقصان؛ لأنَّه يصير حابساً المبيع بفعله ممسكاً عن الرد، وهذا يوجب بطلان الحق أصلاً ورأساً، ويتفرع عليه: لو كان المبيع طعاماً فأكله المشتري، أو ثوباً فلبسه حتى تخرّق، لم يرجع بالنقصان هذا عند أبي حنيفة، وعند الصاحبين: يردُّ ما بقي ويرجع بنقصان ما أكل في صورة من أكل البعض، وبه يفتى. ولو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فباع بعضه، فإنَّه لا يرد ما بقي ولا يرجع بشيء هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد ﷺ: يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما باع، وبه يفتى. قال الطحاوي: وهذا قول محمد، وعليه الفتوى، كما في الاختيار والخلاصة والنهاية وغاية البيان وجامع الفصولين والخانية والمجتبى. ينظر: الدر المختار ورد المحتار ٤: ٨٣، وغيرهما.

وإذا اشترى عبداً وشَرَطَ البراءة من كلِّ عيب فليس له أن يردَّه بعيب وإن لم يسمِّ العيوب ولم يعدها.

(**وإذا اشترى عبداً وشَرَطَ البراءة من كلِّ عيب فليس له أن يردَّه بعيب وإن لم يسمِّ العيوب ولم يعدها**)[1]؛ لأنَّه شرط كذلك.

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: لا يصحّ البراءةُ، ويفسد العقد؛ بناءً على أنَّ البراءةَ من المجهول لا تصحّ عنده، وعندنا تصحّ؛ لأنَّها إسقاط، فلا يَفْتَقِرُ إلى العلم كالطَّلاق والعتاق، والله أعلم بالصواب.

(١) لأنَّ البراءة عن الحقوق المجهولة صحيحة؛ لعدم إفضائها إلى المنازعة، كما في اللباب ص٢٤٩، ودليل ذلك: عن أم سلمة رضي الله عنها، قالت: (أتى رجلان النبي ﷺ يتذران في مواريث بينهما ليس لهما بينة، فأمرهما النبي ﷺ أن يقتسما ويتوخيا ثم يستهما وليحلل كل واحد منهما صاحبه) في المستدرك ٤: ١٠٧، وصححه، ومسند أحمد ٦: ٣٢٠، قال ملك العلماء الكاساني في بدائع الصنائع ٥: ١٧٣: «فيه دليل على جواز الإبراء عن الحقوق المجهولة».وعن ابن عمر ﷺ: «باع غلاماً له بثمانمئة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لابن عمر ﷺ: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان ﷺ، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان ﷺ على ابن عمر ﷺ أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم» في الموطأ ٢: ٦٢٣، ومصنف عبد الرزاق ٨: ١٦٢-١٦٣، وغيرهما، وصححه التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ١١٥.

بابُ البيع الفاسد: إذا كان أَحدُ العوضين أو كلاهما مُحَرَّماً فالبيعُ فاسدٌ: كالبيعِ بالميتة، أو بالدَّم، أو بالخنزير، أو بالخمر، وكذلك إذا كان غير مملوك كالحرّ، وبيع أُمِّ الولد، والمُدبَّر، والمُكاتب فاسدٌ

بابُ البيع الفاسد

(**إذا كان أَحدُ العوضين أو كلاهما مُحَرَّماً فالبيعُ فاسدٌ: كالبيعِ بالميتة، أو بالدَّم، أو بالخنزير، أو بالخمر**)[1]؛ لأنَّ البيعَ شُرِعَ وسيلةً إلى الأشياء المنتفع بها، وهذه الأشياء محرّمةٌ الانتفاع إجماعاً.

(**وكذلك إذا كان غير مملوك كالحرّ**)؛ لأنَّه ليس بمال.

(**وبيع أُمِّ الولد، والمُدبَّر، والمُكاتب فاسدٌ**)؛ لقوله ﷺ في أمّ الولد: «لا تُباع ولا تُوهب، وهي حرّة من جميع المال»[2]، وقال ﷺ في المُدبَّر: «لا يُباع ولا يُوهب، وهو حرّ من ثلث المال»[3].

---

(١) البيع بالميتة والدم باطلٌ؛ لانعدام ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فإنَّ هذه الأشياء لا تعد مالاً عند أحد، والبيع بالخمر والخنزير فاسد؛ لوجود حقيقة البيع، وهو مبادلة المال بالمال عند البعض، كما في الهداية ٦: ٤٠٢.

(٢) فعن عبيدة رضي الله عنه، قال علي رضي الله عنه: «اجتمع رأيي ورأي عمر على أنَّ أمهات الأولاد لا يبعن، قال: ثم رأيت بعد أن تباع في دين سيدها، وأن تعتق من نصيب ولدها، فقلت: رأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إلي من رأيك في الفرقة» في المدخل إلى السنن ١: ٦٠، ومصنف عبد الرزاق ٧: ٢٩١، وعن نافع قال: «سئل ابن عمر رضي الله عنهما: عن بيع أم الولد وقيل له: إنَّ ابن الزبير قد رخَّص في ذلك، فقال: لكن عمر رضي الله عنه نهى أن يبعنَ أو يوهبنَ أو يُورَثْنَ» في مسند ابن الجعد ١: ٤٠٠، وسنن الدارقطني ١: ١٣٤، وسنن سعيد بن منصور ٢: ٦٢، وغيرها.

(٣) فعن جابر رضي الله عنه قال: «أعتق رجل منا عبداً له عن دبر، فدعا النبي ﷺ به فباعه» في

وأمّا المكاتبُ؛ فلأنَّ المولى عَقَدَ له عقداً أوجب زوالَ يده، واستحقاق المكاتب أرشَه بجناية المولى عليه، فمنع من بيعه كما لو أعتقَه ثمّ باعه.

(**ولا يجوز بيع السَّمك في الماء**) قبل أن يصطادَه[1].

(**ولا بيع الطَّير في الهواء**)؛ لأنَّه مَعْجُوز التَّسليم[2].

صحيح البخاري2: 896، قال الطحاوي في مشكل الآثار1: 100: «ولقد وجدنا عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه وهو الذي روى الحديث ما يدل على أنَّ مذهبه كان أن لا يباع المدبر»، وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنَّه قال: «لا يباع المُدَبَّرُ» في السنن الصغرى 9: 178، وسنن البيهقي الكبير10: 314، وقال: «هذا الصحيح عن بن عمر رضي الله عنه من قوله موقوفاً، وقد روي مرفوعا بإسناد ضعيف»، وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه، قال: «لا يباع المُدَبَّرُ» في سنن البيهقي الكبير10: 314، وعن الزهري قال: «لا يباع المُدَبَّرُ»، قال معمر: «وأخبرني من سمع الحسن يقول مثل ذلك»، كما في مصنف عبد الرزاق9: 143، وقال مالك في الموطأ 2: 814: «الأمر المجتمع عليه عندنا في المُدَبَّرُ أنَّ صاحبه لا يبيعه...».

(1) لأنَّه بيع ما ليس عنده، أو بعد صيده ثمّ أُلقي فيه، ولا يؤخذ منه إلا بحيلة؛ للعجز عن التسليم، وإن أخذَ بدونها صحّ، وله الخيار؛ لتفاوتها في الماء وخارجه، كما في اللباب 2: 25.

وبيَّن صدر الشريعة في شرح الوقاية 4: 31-32 حكم حالات بيع السمك، فقال: «ففي السَّمكِ الذي لم يُصَدْ ينبغي أن يكونَ البيعُ فيه باطلاً إذا كان بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ،ويكونُ فاسداً إذا كان بالعَرَض؛لأنَّه مالٌ غيرَ متقوَّم؛ لأنَّ التَّقَوُّمَ بالإحراز، ولا إحرازَ فيه، وأمَّا السَّمكُ الذي صيد وأُلْقِيَ في حَظِيرَةٍ، لا يُؤْخَذُ منها بلا حِيلَةٍ، ينبغي أن يكون البيعُ فيه فاسداً؛ لأنَّهُ مالٌ مملوكٌ، لكنَّ في تسليمِهِ عسرٌ».

(2) فينبغي أن يكونَ باطلاً كبيعِ الصَّيدِ قبلَ أن يصطاد، كما في شرح الوقاية 4: 32.

ولا يجوز بيع الحَمْل والنَّتاج، ولا يجوز بيع اللَّبن في الضّرع، والصَّوف على ظهر الغنم

(**ولا يجوز بيع الحَمْل والنَّتاج**[1])[2]؛ «لنهيه ﷺعن بيع الملاقيح والمضامين»[3].

(**ولا يجوز بيع اللَّبن في الضّرع**[4]**، والصَّوف على ظهر الغنم**)[5]؛ لنهيه ﷺ عن

(١) الحمل ما في البطن، والنتاج ما يحمل الحمل، وهو المراد من حبل الحبل في الحديث، كما في الكفاية ٦: ٥٠، ونهاية النقاية ٤: ٣٢.

(٢) فعن ابن عمر ﵄: «إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة، وكان بيعاً يتبايعه أهلُ الجاهلية، كان الرجلُ يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج التي في بطنها» في الموطأ٢: ٦٥٣، وسنن الترمذي ٣: ٥٣١، وقال: حسن صحيح، وسنن أبي داود٢: ٢٧٥، وغيرها.

(٣) فعن عن ابن عباس ﵄: (إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة) في المعجم الكبير ١١: ٢٣٠، وعن ابن المسيب ﵁ أنَّه قال: «لا ربا في الحيوان، وإنَّما نهي من الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة، والمضامين: بيع ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح: بيع ما في ظهور الجمال» في الموطأ ٢: ٦٥٤، وغيره.

(٤) في شرح الوقاية ٤: ٣٢: «لأنَّه لا يُعْلَمُ أنَّه لَبَنٌ، أو دَمٌ، أو ريحٌ، فعلى هذا يبطلُ البيعُ؛ لأنَّه مشكوكُ الوجود، فلا يكونَ مالاً؛ ولأنَّ اللَّبَنَ يُوجَدُ شيئاً فشيئاً، فملكُ البائعِ يختلطُ بملكِ المشتري»؛ ولأنَّه ينازع في كيفية الحلب، فإنَّ المشتري يستقصي في الحلب، والبائعُ يطالبُهُ بأن يتركَ داعية اللَّبن، كما في اللباب ٢: ٢٥، وعمدة الرعاية ٥: ١٢٤.

(٥) لأنَّهُ يقعُ التَّنازعُ في موضعِ القطع، وكلُّ بيعٍ يُفْضِي إلى المنازعةِ فاسدٌ، كما في شرح الوقاية ٤: ٣٢.

ولا ذراع من ثوب، ولا جذع من سقف، ولا ضربة القانص، وبيع المزابنة: وهو بيع الثمر على النخل بخرصه تمراً

ذلك[1].

(**ولا ذراع من ثوب**[2]**، ولا جذع من سقف**)؛ لأنّه لا يمكنه تسليمه إلا بضرر لم يلتزمه.

(**ولا ضربة القانص**)[3]؛ لأنّه مجهولٌ وغرر.

(**وبيع المزابنة: وهو بيع الثمر على النخل بخرصه تمراً**)؛ لنهيه ﷺ عن «بيع المزابنة والمحاقلة[4] والمخابَرة[5]»[6].

---

(١) فعن ابنِ عبَّاسٍ رضي الله عنهما، قال: (نهىٰ رسولُ الله ﷺ أن تباعَ ثمرة حتىٰ تطعم، ولا صوفٌ علىٰ ظهْرٍ، ولا لبنٌ في ضَرْعٍ) في المعجم الأوسط ٤: ١٠١، قال الهيتمي في مجمع الزوائد٤: ١٠٢: «رجاله ثقات».

(٢) والمراد به ثوبٌ يضرّه التبعيض، كما في شرح الوقاية ٤: ٣٣، فلو قطع الذراع من الثوب أو قلع الجذع من السقف وسلم قبل فسخ المشتري، عاد صحيحاً، ولو لم يضرّه القطع: كذراع من ثوب كرباس أو دراهم معينة من نقرة فضة، جاز، لانتفاء المانع؛ لأنّه لا ضرر في تبعيضه، كما في اللباب ٢: ٢٤.

(٣) وهي ما يَحْصُلُ من الصَّيدِ بضربِ الشَّبكةِ مرَّةً، وهذا البيعُ ينبغي أن يكونَ باطلاً، كما في شرح الوقاية ٤: ٣٣.

(٤) بيع المُحاقلة: وهي بيع الحنطة في سنبلها بمثلها من الحنطة كيلاً حرزاً، كما في الاختيار ٢: ٢٥٧، والتبيين ٤: ٤٧، وغيرها.

(٥) المخابَرة: وهي مزارعة الأرض علىٰ الثلث أو الربع، كما في المغرب ص١٣٧.

(٦) فعن جابر رضي الله عنه، قال: (نهىٰ رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة) في صحيح

ولا حجّة للشَّافعي رضي الله عنه[1] في حديث العرايا[2]؛ لأنَّ الملكَ ثمَّة لم يثبت للمعرى له[3]، فكانت صدقةً مبتدأة.

مسلم ٣: ١١٧٤، وعن ابن عمر رضي الله عنهما: (إنَّ النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة، بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً، وبيع العنب بالزبيب كيلاً، وبيع الزرع بالحنطة كيلاً) في صحيح البخاري ٢: ٧٦٣، وصحيح مسلم ٣: ١١٧١، وغيرها.

(١) والعرايا عند الشَّافِعيّة: ما يفرد للأكل؛ لعروها عن حكم باقي البستان، فيصح بيع العرايا في الرطب والعنب على الشجر خرصاً بقدره من اليابس في الأرض كيلاً، بشرط التقابض قبل التفرق، فيسلم المشتري التمر اليابس بالكيل ويخلي بينه وبين النخل، كما في تحفة المحتاج ٤: ٤٧٢، والأم ٣: ٥٥.

(٢) فعن هريرة رضي الله عنه: (إنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم رخَّص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة) في صحيح مسلم ٣: ١١٧١، ومعنى العرايا: أن يهب الرجل ثمر نخلة من بستانه، ثم يشق على المُعْرِي دخول المُعْرَى له في بستانه كل ساعة، ولا يرضى أن يخلف الوعد، فيرجع فيه فيعطيه قدره تمراً مجذوذاً بالخرص بدله، وهو جائز؛ لأنَّ الموهوب له لم يملك الثمرة؛ لعدم القبض، فصار بائعاً ملكه بملكه، وهو جائز لا بطريق المعاوضة، وإنَّما هو هبة مبتدأة وسمي ذلك بيعاً مجازاً؛ لأنَّه في الصورة عوض عمّا أعطاه أولاً، فكأنَّه أنفق في الواقعة خمسة أوسق أو دونه، فظنّ الراوي أنَّ الرخصةَ مقتصرةٌ عليه، فنقل كما وقع عنده، وسكت عن السبب، كذا فسَّره أهل الفقه والحديث، فكان الحمل عليه أولى؛ كي لا يكون مخالفاً للمشاهير: كحديث: (نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين، فمَن زاد أو ازداد، فقد أربى) في صحيح البخاري ١١: ٣٩٠، وصحيح مسلم ٣: ١٢١٠، ويحتمل أنَّ الراوي ظن أنَّه بيع، كما في تبيين الحقائق ٤: ٤٨.

(٣) في أ و ب: «للمعري».

(**ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر**[1] **والملامسة**[2])؛ «لنهيه ﷺ عن بيع الملامسة والمنابذة[3])»[4]، وهي من بياعات الجاهليّة.

(**ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين**)؛ لجهالة المبيع منهما[5].

---

(١) بيع الحصاة أو إلقاء الحجر: وهو أن يتساوم الرجلان فإذا وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع، كأن يقول المشتري أو البائع: إذا ألقيت الحجر وجب البيع، كما في تبيين الحقائق ٤: ٤٨، والعناية ٦: ٤١٧، والمغرب ص٤٢٩.

(٢) بيع الملامسة: وهو أن يتساوم الرجلان فإذا لمسها المشتري لزم البيع، كأن يقول البائع: بعتك هذا المتاع بكذا، فإذا لمسته فقد وجب البيع، أو يقول المشتري كذلك، كما في العناية ٦: ٤١٧، والمغرب ص٤٢٩.

(٣) بيع المنابذة: وهو أن يتساوم الرَّجلان فإذا نبذها إليه البائع لزم البيع، كأن يقول: إذا نبذته إليك، أو يقول المشتري: إذا نبذته إلي فقد وجب البيع، كما في تبيين الحقائق ٤: ٤٨، والمغرب ص٤٢٩.

(٤) فعن أبي سعيد ﷺ: (أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن المنابذة: وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه، ونهى عن الملامسة، والملامسة: لمس الثوب لا ينظر إليه) في صحيح مسلم ٣: ١١٥٢، وصحيح البخاري ٢: ٧٥٤، وعن أبي هريرة ﷺ: (أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة) في صحيح البخاري٢: ٧٥٤، وصحيح مسلم ٣: ١١٥١؛ ولأنَّ فيه تعليقاً للتمليك بالخطر، فيكون قماراً، فصار في المعنى كأنَّه قال للمشتري: أي ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعتكه، كما في تبيين الحقائق ٤: ٤٨.

(٥) هذا إذا لم يشترط خيار التعيين، وإن اشترط فيه بأن اشترى أحدهما على أنَّه يأخذ أيهما شاء جاز، كما في التبيين ٤: ٤٨.

ومَن باعَ عبداً على أن يعتقَـه المـشتري، أو يُـدَبِّرَه، أو يكاتبَـه، أو بـاعَ أَمـة عـلى أن يستولدَها فالبيع فاسد

(**ومَن باعَ عبداً على أن يعتقَه المشتري، أو يُدَبِّرَه، أو يكاتبَه، أو بـاعَ أَمـة عـلى أن يستولدَها، فالبيع فاسد**)؛ «لنهيه ﷺ عن بيع وشرط»[1].

وقال الشَّافِعيّ ﷺ، وهو رواية عـن أبي حنيفـة ﷺ: إنَّ شرطَ العتـق جـائز؛ لحديث بَريرة[2] رضي الله عنها: «إنَّ أهلَها شرطوا على عائشة رضي الله عنها عتقَهـا والولاءَ لهم، فأنكر ﷺ الولاءَ، ولم ينكر العتق»[3].

---

(1) فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ: (نهى ﷺ عن بيع وشرط) في مسند أبي حنيفة ص١٦٠، والمعجم الأوسط٤: ٣٣٥، وعـن أبي هريـرة ﷺ: (أنَّ رسـول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة) في سنن الترمذي ٣: ٥٣٥، وقال: حـسن صـحيح، وصـحيح ابن حبان ١٠: ١٦١، والمستدرك ٢: ٢١، وسـنن أبي داود ٣: ٢٨٣، وسـنن النـسائي الكبرى ٤: ٣٩، وغيرها.

(2) هي بريرة بنت صفوان مولاة عائشة رضي الله عنهـا، كانـت مـولاةً لـبعضِ بنـي هلال، فكاتبوها ثمّ باعوها من عائشة، فاشترتها وأعتقتها، وكان اسـمُ زوجهـا مغيثـاً، فخيّرها رسول الله ﷺ بخيارِ العتقِ فاختارت فراقـه، عاشـت إلى خلافـة يزيـد. ينظـر: تهذيب الأسماء واللغات٢: ٣٣٢، والتقريب٦٦٢.

(3) فعن عائشة رضي الله عنها: دخل عليَّ رسول الله ﷺ فذكرت لـه، فقـال رسـول الله ﷺ: (اشتري وأعتقي، فإنَّ الولاء لَمن أعتق، ثمّ قام النبي ﷺ من العشي فأثنى على الله بما هو أهله، ثم قال: ما بال أناس يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله، من اشترط شرطـاً ليس في كتـاب الله فهـو باطـل، وإن اشـترط مئـة شرط، وشرط الله أحـقّ وأوثـق) في صحيح البخاري ٢: ٧٥٦.

وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمَه البائعُ شهراً، أو داراً على أن يسكنَها، أو على أن يُقرضَه المشتري درهماً، أو على أَن يُهدي له هديةً، ومَن باعَ عيناً على أن لا يُسَلِّمَها إلى شهر، أو إلى رأسِ الشَّهر فالبيعُ فاسدٌ، ومَن باع جارية إلا حملها فسد البيع

قيل له: المروي شرط الولاء لا غير، ولو صحّ يحتمل أنَّه ﷺ عَلِمَ ذلك بعد العتق؛ إذ البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض على ما نبيِّن، فنفذَ العتق؛ فلهذا لم يُنكر.

(**وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمَه البائعُ شهراً، أو داراً على أن يسكنَها**) مدّةً معلومةً، (**أو على أن يُقرضَه المشتري درهماً، أَو على أَن يُهدي له هديةً**)[1]؛ لما ذكرنا من النَّهي.

(**ومَن باعَ عيناً على أن لا يُسَلِّمَها إلى شهر، أو إلى رأسِ الشَّهر فالبيعُ فاسدٌ**)[2]؛ لأنَّه شرطُ ما لا يقتضيه العقد، وفيه ضررٌ على أحدهما.

(**ومَن باع جارية إلا حملها فسد البيع**)[3]؛ لأنَّه يعجز عن تسليم المبيع للحال.

---

(١) وجملة المذهب فيه أن يقال: كلُّ شرط يقتضيه العقد: كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد؛ لثبوته بدون الشرط، وكلّ شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه، وهو من أهل الاستحقاق يفسدُه: كشرطِ أن لا يبيع المشتري العبد المبيع؛ لأنَّ فيه زيادة عارية عن العوض، فيؤدّي إلى الربا، أو لأنَّه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصودِه، إلاّ أن يكون متعارفاً؛ لأنَّ العرف قاض على القياس، ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحدٍ لا يُفْسِدُه، هو الظاهر من المذهب: كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة؛ لأنَّه انعدمت المطالبة فلا يؤدّي إلى الربا ولا إلى المنازعة، كما في الهداية ٦: ٤٤٢.

(٢) لما فيه من نفي التسليم المستحقّ بالعقد، كما في اللباب ٢: ٢٧.

(٣) والأصلُ في ذلك: أنَّ كلَّ ما لا يصحُّ إفرادُهُ بالعقدِ لا يصحُّ استثناؤه من العقد،

ومَن اشترى ثوباً على أن يقطعَه البائع، أو يخيطَه قميصاً، أو قَباءً، أو نعلاً على أن يحذوها البائع، أو يشركَها فالبيع فاسد، والبيعُ إلى النَّيْروز، والمَهْرَجان، وصوم النَّصارى، وفطرة اليهودي إذا لم يعرف المتعاقدان ذلك فاسد

(**ومَن اشترى ثوباً على أن يقطعَه البائع، أو يخيطَه قميصاً، أو قَباءً، أو نعلاً على أن يحذوها البائع، أو يشركَها فالبيع فاسد**)[1]؛ لأنَّه شرط منفعة أحد المتعاقدين، وهو خلاف ما يقتضيه العقد، إلا أنَّهم استحسنوا في مسألة النَّعل، فجوَّزوا لتعامل النَّاس به في كلِّ عصر ومصر.

والشَّافِعيّ ﷺ أخذ فيهما بالقياس.

(**والبيعُ إلى النَّيْروز، والمَهْرَجان**[2]**، وصوم النَّصارى، وفطرة اليهودي إذا لم يعرف المتعاقدان ذلك فاسد**)؛ لجهالة الأجل[3].

فإنَّ كلَّ ما لا يصحُّ إفراده بالعقد، فإنَّه من توابعِ الشَّيء، فيكون داخلاً في المبيع تَبَعاً له، فاستثناؤه من العقدِ شرطٌ لا يقتضيه العقد فيكون مفسداً، كما في شرح الوقاية ٤: ٣٨.

(١) قال صاحب الهداية ٦: ٤٥١-٤٥٢: «ما ذكره جواب القياس، ووجهه ما بيّنا، وفي الاستحسان: يجوز؛ للتعامل فيه، فصار كصبغ الثوب، وللتعامل جوزنا الاستصناع». قال صاحب العناية ٦: ٤٥٢: «وفي الاستحسان: يجوز للتعامل، والتعامل قاض على القياس؛ لكونه إجماعاً فعلياً كصبغ الثوب، فإنَّ القياس لا يُجوِّز استئجار الصباغ لصبغ الثوب؛ لأنَّ الإجارة عقد على المنافع لا الأعيان، وفيه عقد على العين، وهو الصبغ لا الصبغ وحده، لكن جُوز للتعامل جواز الاستصناع».

(٢) النيروزج: أول يوم من الربيع، والمهرجان: أول يوم من الخريف، اللباب ٢: ٢٨.

(٣) ومعناه: تأجيل الثمن إلى هذه الأيام فاسد إذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان؛ لجهالة الأجل المفضية إلى النزاع؛ لابتناء المبايعة على المماكسة -أي المجادلة في النقصان-، والمماكسة موجودة في المبايعة إلى هذا الأجل، فتكون الجهالة فيه مفضية إلى

ولا يجوز البيع إلى الحَصَاد، والدِّياس، والقطاف، وقدوم الحاجّ، فإن تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ النّاسُ في الحَصاد والدِّياس وقبل قدوم الحَجّ جاز البيع

(**ولا يجوز البيع إلى الحَصَاد، والدِّياس، والقطاف، وقدوم الحاجّ**)؛ لما ذكرنا من الجهالة؛ إذ هذه الأشياء قد تقدّم، وقد تأخر وقتاً، (**فإن تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ النّاسُ في الحَصاد والدِّياس وقبل قدوم الحَجّ جاز البيع**)؛ لأنَّ الشرطَ المفسدَ قد ارتفع، فزال المانع من لزوم العقد.

وقال زُفرُ والشَّافِعيّ ﷺ: لا يجوز؛ لأنَّ الفاسدَ لا ينقلب جائزاً، كما لو باع بدرهم ورطل من خمر، إلا أنَّ الفسادَ ثمّة في صلب العقد، فلا يرتفع، وههنا في الأجل، فافترقا[1]؛ ولأنَّ لهما رفع العقد الفاسد، فكان لهما رفع الشَّرط الفاسد بطريق الأولى.

النزاع، ومثلها يُفسد البيع، وأما إن كانا يعرفان ذلك؛ لكونه معلوماً عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم جاز؛ لأنَّ مدة صومهم بالأيام معلومة، وهي خمسون يوما فلا جهالة، كما في الهداية ٦: ٤٥٢-٤٥٣.

(١) أي: لو باع شيئاً بتأجيل الثمن إلى هذه الأوقات المذكورة ثم أسقط مَن له الأجل وهو المشتري هذا الأجل المفسد للبيع قبل حلوله: أي قبل الحصاد والدِّياس مثلاً، صحَّ البيع؛ لأنَّ الفسادَ كان للمنازعة، وقد ارتفع قبل تقرّره، وهذه الجهالة هي شرطٌ زائدٌ لا في صلب العقد، بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لا ينقلب صحيحاً بإسقاطِ الدرهم الزائد؛ لأنَّ الفسادَ في صلب العقد، وبخلاف إسقاط الأجل في النكاح المؤقَّت؛ لكونه متعةً، وهو غيرُ عقد النكاح. ينظر: منح الغفار ق٢: ٣١/ ب.

فإذا قَبَضَ المشتري المبيعَ في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كلّ واحد منهما مال مَلَكَ المشتري المبيع ولزمته قيمته

(**فإذا قَبَضَ المشتري المبيعَ في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كلّ واحد منهما مال مَلَكَ المشتري المبيع ولزمته قيمته**)؛ لأنَّ البيعَ وُضع لإفادة الملك؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، إلا أنَّ هذا قبل القبض لا يفيد الملك؛ لكونه سعياً في انعدام الفساد، والقبض ممّا يستفاد به التَّصرّف في الصَّحيح، فجاز أن يقعَ به قبض الملك في الفاسد.

ولَمَّا كان الملكُ يقع بالقبض، اعتبرنا إذن البائع[1] فيه كالقَبول في البيع الصَّحيح.

وإنَّما شرطنا العوضين أن يكون كلّ واحد منهما مالاً؛ لأنَّ البيعَ بغير الثَّمن لا يكون بيعاً؛ إذ هو مبادلة المال بالمال، وكذلك إذا كان أحدُ العوضين مالاً دون الآخر: كالبيع بالميتة والدَّم؛ لأنَّ البيعَ بهما يكون باطلاً.

---

(١) أي: أن يكون القبض بإذن البائع، فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه، فإن لم ينهه ولا أذن له في القبض صريحاً فقبضه بحضرة البائع، فإنَّه لا يثبت أيضاً؛ لأنَّ الإذن بالقبض لم يوجد نصاً ولا سبيل إلى إثباته بطريق الدلالة؛ لأنَّ في القبض تقرير الفساد فكان الإذن بالقبض إذناً بما فيه تقرير الفساد فلا يمكن إثباته بطريق الدلالة، وهذا ما ذكره الكرخي في الرواية المشهورة، وذكر في الزيادات أنَّه يثبت؛ لأنَّه إذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك إذناً منه بالقبض دلالة مع ما أنَّ العقد الثابت دلالة الإذن بالقبض؛ لأنَّه تسليط له على القبض فكأنَّه دليل الإذن بالقبض، والإذن بالقبض قد يكون صريحاً، وقد يكون دلالة، كما في البدائع ٥: ٣٠٥، وأحكام المعاملات ص٤٣٨-٤٣٩، وغيرهما.

ولكلِّ واحدٍ من المتعاقدين فسخه، فإن باعَه المشتري نفذ بيعه، ومَن جمعَ بين عبد وحرّ، أو بين شاةٍ ذكيةٍ وميتةٍ، بطل البيع فيهما جميعاً، وإن جمع بين عبدٍ ومُدَبَّر أو عبده وعبد غيره يصحّ العقد في العبد بحصَّته من الثَّمن

وإنَّما تجب القيمة دون الثَّمن؛ لأنَّ القيمةَ هي العدل، وإنَّما يصار إلى التَّسمية عند صحّة البيع؛ اعتباراً بالمهر.

(**ولكلِّ واحدٍ من المتعاقدين فسخه**)؛ رفعاً للفساد، (**فإن باعَه المشتري**) [بعد القبض][1] (**نَفَذَ بيعُه**)؛ لكونه مملوكاً له، وسقط الفسخ.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: البيعُ الفاسدُ لا يفيد الملك؛ لأنَّه منهيٌّ عنه، والمنهيُّ لا يكون مشروعاً، إلا أنَّ هذا باطلٌ بالبيع عند النَّداء، وبيع الحاضر للبادي، فدلَّ أنَّ النَّهيَّ لم يكن عن نفس البيع، بل عن معنى جاوره.

(**ومَن جمعَ بين عبد وحرّ، أو بين شاةٍ ذكيةٍ وميتةٍ، بطل البيع فيهما جميعاً**)[2]؛ لأنَّ بيعَ الحرِّ والميتةِ لا يصحّ أصلاً، فينعقد البيع ابتداءً على الحلال منهما بحصّته من الثَّمن، وإنَّها مجهولة.

(**وإن جمع بين عبدٍ ومُدَبَّر**[3] **أو**) بين (**عبده وعبد غيره يصحّ العقد في العبد بحصَّته من الثَّمن**)؛ لأنَّ عبدَ الغير والمُدَبَّر مملوك، فينعقد البيع عليهما، إلا أنَّه

---

(١) ما بين المعكوفين زيادة من جـ.

(٢) فهذا على وجهين: إن كان قد سمّى لهما ثمناً واحداً، فالبيعُ باطلٌ بالإجماع، وإن كان سَمّى لكلّ واحد منهما ثمناً على حدته، فكذلك عند أبي حنيفة ﷺ، وقالا: جاز البيع في العبد والذكية، وبطل في الحرّ والميتة، كما في الينابيع ق٤٩/ ب.

(٣) لأنَّ المُدَبَّر محل للبيع عند الشَّافِعيّ ﷺ، فبطلانه لا يسري إلى غيره، كما في شرح الوقاية٤: ٣١. وفي اللباب٢: ٢٩: «المُدَبَّرُ يدخل في العقد ثم يخرج، فيكون البيع الحصة

امتنع النفاذ؛ لعدم إجازة المالك؛ ولعدم إجازة الحاكم في المُدَبَّر، حتّى لو أجاز الحاكم وأجاز المالك العقد جاز، فإذا امتنعا من الإجازة يبقى العقد في العبد بحصّته من الثَّمن، والجهالةُ الطارئةُ لا تفسد العقد.

(**ونهى رسولُ الله ﷺ عن النَّجَش**)[1]، فقال: «لا تناجشوا»[2]: وهو أن يزيد في السَّلعة من غير رغبةٍ فيها[3].

(**وعن السَّوم على سوم غيرِه**)[4]، فقال ﷺ: «لا يسومنَّ أحدُكم على سوم

في البقاء دون الابتداء، وفائدة ذلك تظهر في تصحيح كلام العاقل مع رعاية حق المُدَبَّر».

(١) فعن عن ابن عمر ﷺ: (إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن النَّجَش) في صحيح البخاري ٢: ٧٥٣، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٦، وصحيح ابن حبان ١١: ٣٤٢.

(٢) فعن أبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: (لا يتلقى الركبان لبيع، ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد، ولا تصروا الإبل والغنم، فمَن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبَها، فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر) في صحيح مسلم ٣: ١١٥٥، ومسند أحمد ٢: ٢٧٢، ومسند أبي يعلى ١٠: ٢٩٢.

(٣) أي: أن يزيد في السلعة ولا يريد شراءها؛ ليرغب غيره فيها، أو أن يستام السلعة بأزيد من ثمنها وهو لا يريدها، بل ليراه غيره فيقع في شرائها، كما في الاختيار ٢: ٢٦٠، وشرح الوقاية ص٥٣٥، وإنَّما يكره النجش فيما إذا كان الراغب في السلعة يطلبها بثمن مثلها، وأما إذا طلبها بدون ثمنها فلا بأس بأن يزيد إلى أن تبلغ قيمتها، كما في تبيين الحقائق ٤: ٦٨.

(٤) وهو أن يرضى المتعاقدان بالبيع، ويستقرّ الثمن بينهما، ولم يبق إلا العقد، فيزيد عليه

أخيه، ولا يخطبنَّ على خطبته»[1].

(وعن تلقي الجلب)[2]، فقال ﷺ: «لا تلقوا السَّلع حتى تهبط.............

ويبطل بيعه، كما في الاختيار ٢: ٢٦٠، والوقاية ص٥٣٥، وكراهة السوم فيما إذا جنح قلب البائع إلى البيع بالثمن الذي سماه المشتري، وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرضه فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد؛ لأنَّ هذا بيع مَن يزيد ـ أي بيع المزايدة، ويسمى بيع الدلالة، وهو لا يكره، كما في تبيين الحقائق ٤: ٦٨، والوقاية ص ٥٣٥، وقد قال أنس ﷺ: (إنَّ النبي ﷺ باع قدحاً وحلساً فيمن يزيد) في سنن النسائي الكبرى ٤: ١٥، والمجتبى ٧: ٢٥٩، والمعجم الأوسط ٣: ١١١، ومسند أحمد ٣: ١٠٠، ومسند الطيالسي ١: ٢٨٥، والأحاديث المختارة ٦: ٢٤٧، ولأنَّه المعتاد بين الناس في جميع البلاد والأعصار؛ ولأنَّه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه، وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضي، كما في الاختيار ٢: ٢٦٠، وتبيين الحقائق ٤: ٦٨.

(١) فعن أبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: (لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم أخيه) في صحيح مسلم٢: ١٠٢٩، وعن ابن عمر ﷺ، قال ﷺ: (لا يبع أحدكم على بيع أخيه إلا بإذنه) في صحيح ابن حبان ١١: ٣٣٩، ومسند أحمد ٢: ٢١، والمعجم الأوسط ١: ١٦٣، وفي لفظ: (نهى رسول الله ﷺ أن يبيع أحدكم على بيع أحد حتى يذر إلا الغنائم والمواريث) في سنن النسائي الكبرى ٤: ١٤، والمجتبى ٧: ٢٥٨، والمنتقى ١: ١٤٧، مصنف عبد الرزاق ٨: ١٩٩.

(٢) وهو أن يتلقّاهم وهم غير عالمين بالسعر، أو يلبس عليهم السعر؛ ليشتريه ويبيعه في المصر بما شاء من الثمن. وكراهته إذا كان يضر بأهل البلد، بأن كانوا في قحط، وإن كان لا يضرهم، فلا بأس به، إلا إذا لبَّس السعر على الواردين، كما في الاختيار ٢: ٢٦٠، والتبيين ٤: ٦٤، وشرح الوقاية ص٥٣٥، ولا حاجة إلى تعيين الحدود

الأسواق»[1].

(**وعن بيع الحاضر للبادي**)[2]؛ فقال ﷺ: «لا يبع حاضر ....

والمسافات؛ لأنَّ الأمر موكول إلى وجود الضرر وعدمه، فمتى وجد الضرر بأهل البلد أو التلبيس على الجالب توجه النهي، قربت المسافة أو بعدت، ومتى لم يوجد الضرر لم يكن به بأس، كما في تكملة فتح الملهم ١: ٣٣٢.

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنه، قال ﷺ: (لا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السلع حتى يهبطَ بها إلى السوق) في صحيح البخاري ٢: ٧٥٩، وفي رواية: (نهى ﷺ أن تتلقى السلع حتى تبلغ الأسواق) في صحيح مسلم ٣: ١١٥٦، وعن ابن مسعود رضي الله عنه، عن النبي ﷺ: (أنَّه نهى عن تلقي البيوع) في صحيح البخاري ٢: ٧٥٩، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٦، وعن أبي هريرة رضي الله عنه: (نهى رسول الله ﷺ أن يتلقى الجلب) في صحيح مسلم ٣: ١١٥٧.

(٢) وهو أن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر؛ ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب، وكراهته؛ لما فيه من الضرر بأهل البلد، حتى لو لم يضر لا بأس به؛ لما فيه من منع نفع البادي من غير تضرر غيره، ويكون الضرر لأهل البلد إذا كانوا في قحط وعوز، وهو يبيع من أهل البلد طمعاً في الثمن الغالي فيضرهم، وأما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به؛ لانعدام الضرر، كما في الاختيار ٢: ٢٦٠، وتبيين الحقائق ٤: ٦٩، والهداية ٦: ٤٧٨، فعن نعيم بن حصين السدوسي حدثني عمي عن جدي رضي الله عنه، قال: (أتيت المدينة ومعي إبل لي والنبي ﷺ بها، فقلت: يا رسول الله، مُرْ أهل الغائط أن يحسنوا مخالطتي، وأن يعينوني، فقاموا معي، فلَمَّا بعتُ إبلي أتيت النبي ﷺ، فقال لي: ادْنُهُ، فمسح يده على ناصيتي ودعا لي ثلاث مرات) في المعجم الكبير ٤: ٣٠، والمعجم الأوسط ٨: ٦١، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ٨٣: «رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط وفي إسناده جماعة لم أجد من ترجمهم»، فأجاز النبي ﷺ في الحديث لأهل

للبادي»[1].

(**وعن البيعِ عند أَذان الجمعة**)[2]؛ لقوله جَلَّ: ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ ...﴾ [الجمعة: ٩] الآية.

الحضر أن يعينوا التاجر القادم في بيع الإبل عند عدم الضرر، كما في تكملة فتح الملهم ١: ٣٣٥، وعن مجاهد ﷺ قال: «إنَّما نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد؛ لأنَّه أراد أن يصيب المسلمون غُرَّتَهُم، فأما اليوم فلا بأس» قال ابن حجر في الفتح ٤: ٣٧١: أخرجه سعيد بن منصور في سننه، وسكت عليه. وعن الشعبي ﷺ قال: «كان المهاجرون يكرهون ذلك ـ يعني بيع حاضر لباد ـ وإنا لنفعله» في مصنف عبد الرزاق ٨: ٢٠٠، كما في تكملة فتح الملهم ١: ٣٣٥، وغيره.

(١) فعن ابن عباس ﷺ، قال ﷺ: (لا تَلَقَّوُا الركبان، ولا يبع حاضر لباد)، فقيل لابن عباس ﷺ: ما قوله: لا يبع حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمساراً، في صحيح البخاري ٢: ٧٩٥، وصحيح مسلم ٣: ١١٥٧، وعن أنس بن مالك ﷺ: (نهينا عن أن يبيع حاضر لباد) في صحيح مسلم ٣: ١١٥٨.

(٢) وهو البيع من الأذان الأول إلى الانفضاض من صلاة الجمعة، فالأذان المعتبر في تحريم البيع، هو الأول إذا وقع بعد الزوال على المختار، كما في تبيين الحقائق ٤: ٦٩، وقال الطحاوي: الأذان الثاني، والأصح أنَّه الأذان الأول، كما في منحة السلوك ٢: ٧٠، وقال في البحر: هذا القول الصحيح، وقيل: العبرة للأذان الثاني الذي يكون بين يدين المنبر؛ لأنَّه لم يكن في زمنه ﷺ إلا هو، وهو ضعيف؛ لأنَّه لو اعتبر في وجوب السعي لم يتمكن من السنة القبلية، ومن الاستماع، بل ربما يخشى عليه فوات الجمعة، كما في إعلاء السنن ١٤: ٢٣٤، وغيره.

وكُلّ ذلك يُكره، ولا يَفْسُدُ به البَيع، ومَن ملكَ مملوكين صغيرين أَحدُهما ذو رحم مَحْرَم من الآخر لم يُفَرِّق بينهما، وكذلك إذا كان أَحَدُهما كبيراً والآخرُ صَغيراً

(**وكُلّ ذلك يُكره**)؛ لوجود النّهي، (**ولا يَفْسُدُ به البَيع**)؛ لأنَّ الفسادَ ليس في معقود عليه، وإنَّما كان لمعنىً جاوره.

(**ومَن ملكَ مملوكين صغيرين أَحدُهما ذو رحم مَحْرَم من الآخر لم يُفَرِّق بينهما، وكذلك إذا كان أَحَدُهما كبيراً والآخرُ صَغيراً**)[1]؛ لقوله ﷺ: «مَن فَرَّقَ بين الوالدة وولدها فَرَّقَ اللهُ تعالىٰ بينه وبين الجَنّة»[2].

وقال الشَّافِعيّ ﷺ في الولاد: لا يجوز حتىٰ يبلغَ الصَّغير سبعاً، وفي غير الولاد جاز التَّفريق بكلِّ حال؛ استدلالاً بجواز البيع، إلاّ أنَّ جوازَ البيع لا ينفي الكراهية: كالبيع عند النَّداء؛ ولأنَّ التَّفريقَ منع منه لحاجة الصَّغير إلىٰ الكبير، والاستغناء إنَّما يكون بالبلوغ.

---

(١) لأنَّ الصغير يستأنس بالصغير، والكبير يتعاهده ويشفق عليه، ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة، وفي التفريق بينهما إيحاش الصغير، وترك المرحمة عليه، كما في تبيين الحقائق ٤: ٦٩؛ فعن أنس ﷺ، قال ﷺ: (ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا) في سنن الترمذي ٤: ٣٢١، والمستدرك ١: ١٣١، وصححه.

(٢) فعن أبي أيوب ﷺ، قال ﷺ: (من فرَّق بين والدة وولدها فرَّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) في سنن الترمذي ٤: ١٣٤، وحسنه، والمستدرك٢: ٦٣، وعن علي ﷺ، قال: (قدم النبي ﷺ سبي فأمرني ببيع أَخوين فبعتهما، وفَرَّقتُ بينهما، ثم أتيت النبي ﷺ فأَخبرته، فقال: أدركهما فارتجعهما وبعهما جميعاً ولا تُفرِّق بينهما) في المستدرك ٢: ٦٣، وسنن الدارقطني ٣: ٦٥، وأمالي المحاملي ١: ١٩٣، والمنتقىٰ ١: ١٤٨، والأحاديث المختارة٢: ٢٧٢.

فإن فَرَّق بينهما كُرِه له ذلك، وجاز البيع، وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتَّفريق بينهما؛ لوقوع الاستغناء.

باب الإقالة: الإقالةُ جائزةٌ في البيع بمثل الثَّمنِ الأَوّل، فإن شَرَطَ أكثر منه أو أقلّ فالشَّرط باطلٌ ويَرُدّ مثلَ الثَّمن الأوّل، وهي فسخٌ في حَقِّ المتعاقدين، بيعٌ جديدٌ في حَقِّ غيرِهما عند أبي حنيفة ﷺ

(**فإن فَرَّق بينهما كُرِه له ذلك، وجاز البيع**)؛ لما ذكرنا أنَّ النَّهي لمعنىً جاوره.

وقال أبو يوسف والشَّافِعيّ ﷺ: البيعُ باطلٌ في الأبوين جائزٌ في الأخوين؛ لما ذكرنا من الحديث، ولم يرد هذا التَّغليظ في الأخوين، إلا أنَّ النّهيَ إنَّما كان لحاجة الصَّغير، فيستوي فيها الأب والأخ.

(**وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتَّفريق بينهما؛ لوقوع الاستغناء**)، والله أعلم.

باب الإقالة

(**الإقالةُ جائزةٌ في البيع**)؛ لقوله ﷺ: «مَن أقالَ نادماً بيعته أقال الله ﷻ عثرته يوم القيامة»[1]، (**بمثل الثَّمنِ الأَوّل**)؛ لأنّها فسخ للعقد، والفسخُ يحكي العقد، (**فإن شَرَطَ أكثر منه أو أقلّ فالشَّرط باطلٌ ويَرُدّ مثلَ الثَّمن الأوّل**)؛ تحقيقاً لمعنى الإقالة.

(**وهي فسخٌ في حَقِّ المتعاقدين، بيعٌ جديدٌ في حَقِّ غيرِهما عند أبي حنيفة ﷺ**)؛ لأنَّه لا ولاية لهما على غيرِهما، ولهما ولايةُ على تصرُّفها بالرَّفع والفسخ.

---

(١) فعن أبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: (من أقال نادماً بيعته أقال الله ﷻ عثرته يوم القيامة) في صحيح ابن حبان ١١: ٤٠٢، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٤١، والمعجم الأوسط ١: ٢٧٣.

وهلاكُ الثَّمن لا يمنع صحّة الإقالة، وهلاك المبيع يمنع منها، فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في باقيه

وفائدتُه: أنَّ الشفيعَ بعد التَّسليم في البيع يأخذ بعد الإقالة، والمشتري لا يردّ في المبيع المعيب على بائعه بعد البيع والإقالة، ولا يرجع الواهب في الهبة بعد بيع الموهوب له وإقالته.

وعن أبي حنيفة ﷺ روايةٌ أُخرى: أنَّها بيعٌ بعد القبض، وفسخٌ قبله، وهو قولُ أبي يوسف ﷺ إلا في العقار، فإنَّها بيع في الحالين؛ لوجود معنى البيع، وهو مبادلة المال بالمال.

وعند محمّد ﷺ: إن كانت بجنس الثَّمن الأوَّل أو مثله، فهي فسخ، فإن كانت بأقلّ أو أكثر، أو بجنس آخر، فهي بيع؛ لأنَّهما عدلا عن مقتضى الإقالة.

وعند زفر ﷺ: هي فسخٌ في حقِّ الكافّة؛ اعتباراً بالفسخ بخيار الشَّرط.

وحاصله: أنَّها فسخ عند أبي حنيفة ﷺ على كلّ حال، وإذا تعذَّر ذلك بطلت.

وعند أبي يوسف ﷺ: هي بيع، فإذا تعذَّرَ جعلها بيعاً، فهي فسخ.

وعند محمّد ﷺ: هي فسخ، فإذا تعذَّرَ ذلك فهي بيع.

والجواب: أنَّ حقيقةَ التَّصرّف لا يختلف بعد القبض وقبله، ولا يتنوَّع بقدر من الثَّمن دون غيره، ويجوز أن يكون له حكم في حقّ شخص وفي حقّ شخص آخر حكم آخر؛ لما قلنا في الردّ بالعيب.

(**وهلاكُ الثَّمن لا يمنع صحّة الإقالة**)، كما لا يمنع صحّة البيع، (**وهلاك المبيع يمنع منها**)؛ لأنَّ محلَّ العقد هو المبيع، فكذا محلّ الفسخ، (**فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في باقيه**)؛ اعتباراً للبعض بالكلّ.

باب المرابحة والتَّولية: المرابحة: نقل ما ملكه بالعقد الأوَّل بالثَّمن الأوّل مع زيادةِ ربح، والتولية: نقلُ ما ملكه بالعقد الأَوّل بالثَّمن الأوّل من غيرِ زيادة ربح ولا

باب المرابحة والتَّولية

(**المرابحة**[1]: **نقل ما ملكه بالعقد الأوَّل بالثَّمن الأوّل مع زيادةِ ربح**)[2] تسمية للتَّصرُّف بما ينبئ عنه، وهو الرِّبح.

(**والتَّوليةُ**[3]: **نقلُ ما ملكه بالعقد الأَوّل بالثَّمن الأوّل من غيرِ زيادة ربح ولا**

---

(١) وهي بيع بثمن سابق وزيادة، أو بيع المشترىٰ بثمنه وفضل، وذلك بأن يشترط أنَّ المبيع بالثمن الأول الذي اشترىٰ به مع فضل معلوم، كأن يقول البائع للمشتري: قد كلفني هذا المال مئة دينار فأبيعه لك بمئة وعشرة دنانير، كما في شرح الوقاية ص٥٣٨، ودرر الحكام ١: ١١٤

(٢) فعن عائشة رضي الله عنها في حديث الهجرة: قال أبو بكر ﷺ: (خذ بأبي أنت يا رسول الله إحدىٰ راحلتي هاتين، قال رسول الله ﷺ: بالثمن) في صحيح البخاري ٣: ١٤١٩، وصحيح ابن حبان ١٤: ١٨٠، ومسند أحمد ٦: ١٩٨، وفي لفظ: (لا أركب بعيراً ليس لي، قال: هي لك يا رسول الله، قال: لا، ولكن بالثمن الذي ابتعتها به، قال: كذا وكذا، قال: قد أخذتها بذلك...) ذكرها ابن إسحاق في سيرته، كما في إعلاء السنن ١٤: ٢٥٧.

(٣) وهي بيع بثمن سابق، أو بيع المشترىٰ بثمنه من غير زيادة، وذلك بأن يشترط أنَ المبيع بالثمن الأول الذي اشترىٰ به بلا فضل، فلا يكون في البيع الذي يقع بعد بيان البائع ثمن المبيع الذي اشتراه زيادة ولا نقصان علىٰ ذلك الثمن، كما لو اشترىٰ أحدٌ مالاً بعشر دنانير فباعه من آخر بعشر أيضاً، كما في درر الحكام ١: ١١٤، ورد المحتار ٥: ١٣٢، وبدائع الصنائع ٢: ٢٢٠.

نُقصان، ولا تصحُّ المرابحةُ والتَّوليةُ حتى يكون العوضُ ممّا له مثل: كالمكيلِ والموزون، ويجوز أن يضيفَ إلى رأسِ المالِ أُجرةَ القَصَّار والصّبَّاغ

نُقصان)[1]؛ لأنَّه عبارةٌ عن إثبات الولاية للمشتري لما كان له، ودليلُ جوازهما: تعامل النَّاس بهما في سائر الأمصار والأعصار من غير نكير.

(ولا تصحُّ المرابحةُ والتَّوليةُ حتى يكون العوضُ ممّا له مثل: كالمكيلِ والموزون)[2]؛ لأنَّ غيرَ المثلي مثله قيمته، وهي مجهولةٌ تُعْرَفُ بالحزر والتخمين.

(ويجوز أن يضيفَ إلى رأسِ المالِ أُجرةَ[3] **القَصَّار والصّبَّاغ** ....

---

(١) فعن سعيد بن المسيب رضي الله عنه، قال صلى الله عليه وسلم: (التولية والإقالة والشركة سواء لا بأس به) في مصنف ابن أبي شيبة ٨: ٤٩، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٢٥٦: ولا خلاف في مرسل سعيد، وفي رواية: (لا بأس بالتولية في الطعام قبل أن يستوفي، ولا بأس بالإقالة في الطعام قبل أن يستوفي، ولا بأس بالشركة في الطعام قبل أن يستوفي) في مراسيل أبي داود ص١٧٨، قال الأرنؤوط: محمد بن إبراهيم البزار: ثقة، ومن فوقه من رجال الشيخين.

(٢) وكذلك الدراهم والدنانير والعددي المتقارب؛ فإنَّ فائدةَ هذا البيع: أنَّ الغبيَ يعتمد على فعل الذكي، فيطلب نفسه بمثل ما اشترى به هو، أو بمثله مع فضل، وهذا المعنى إنَّما يظهر في ذوات الأمثال دون ذوات القيم كالأشياء المتفاوتة كالحيوانات والجواهر؛ لأنَّ ذوات القيم قد تطلب بصورتها من غير اعتبار ماليتها، ولأنَّ قيمتها مجهولة؛ لأنَّا لا يمكن معرفتها حقيقة، ومبنى هذا البيع على الأمانة، فلا يجوز بيعه مرابحة إلا إذا كان المشتري يملك ذلك البدل من البائع بسبب من الأسباب، كما في شرح الوقاية ص٥٣٨، ومجمع الأنهر ٢: ٧٤-٧٥.

(٣) قيد بالأجر؛ لأنَّه لو فعل شيئاً من ذلك بيده أو بإعارة لا يجوز أن يضمه إلى رأس المال، وكذا إذا تطوع متطوع بهذه الأشياء المذكورة، كما في الزبدة٣: ٥٤.

والطِّرَاز والفتل، وأُجرة حمل الطَّعام، ويقول: قام عليّ بكـذا، فـلا يقـول: اشـتريته بكذا، فإن اطَّلَعَ المشتري على خيانةٍ في المُرابحة فهو بالخيارِ عنـد أبي حنيفـة ﷺ: إن شاءَ أَخَذَ بجميعِ الثّمن، وإن شاء رَدَّه، وإن اطَّلع على خيانةٍ في التَّولية أسقطها مـن الثَّمن

والطِّرَاز[1] **والفتل، وأُجرة حمل الطَّعام)**[2]؛ لأنَّ العادةَ جرت بإضافة كلّ ما يوجـب زيادة في العين أنَّ الناسَ يضيفون ما يزيد في المبيع إلى رأس المال، (**ويقول: قام عليّ بكذا، فلا يقول: اشتريته بكذا)**؛ تحرُّزاً عن الكذب.

(**فإن اطَّلَعَ المشتري على خيانةٍ في المُرابحة فهو بالخيارِ عند أبي حنيفـة ﷺ: إن شاءَ أَخَذَ بجميعِ الثّمن، وإن شاء رَدَّه)**؛ لأنَّـه دلَّـس عليـه في صـفة الـثَّمن، وهـو الزِّيادة، فصار كالتَّدليس في وصف المبيع، وهوالعيب، ولم يغير موضوع العقد.

(**وإن اطَّلع على خيانةٍ في التَّولية أسقطها من الثَّمن)**[3]؛ لأنَّ الخيانةَ فيها تغـير مضمون العقد؛ لأنَّه يصير حينئذٍ مرابحة.

---

(١) الطِّرَاز: عَلَم الثوب، كما في المغرب ص٢٨٩.

(٢) لأنَّ العرفَ جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار؛ ولأنَّ كلّ ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به، هذا هو الأصل، وما عـددناه بهـذه الـصفة؛ لأنَّ الـصبغ وأخواته يزيد في العين، والحمل يزيد في القيمة؛ إذ القيمة تختلف باختلاف المكـان، كـما في الهداية ٦: ٤٩٨.

(٣) لأنَّه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية؛ لأنَّه يزيد على الثمن الأول فيتغيّر التصرف فتعين الحط، وفي المرابحة لو لم يحطّ تبقى مرابحة، وإن كان يتفـاوت الـربح فـلا يتغـيّر التصرّف، فأمكن القول بالتخيير، كما في الهداية ٦: ٥٠٠.

وقال أبو يوسف ﷺ: يَحُطُّ فيهما، وقال مُحمّد ﷺ: لا يحطّ فيهما، وَمَن اشـترى شـيئاً ممَّا يُنْقلُ ويُحَوَّلُ لم يجز له بيعه حتى يقبضه

(**وقال أبو يوسف ﷺ: يَحُطُّ فيهما**)[1]؛ لأنَّ اتفاقَهما وقع على مـضمون العقـد الأقلّ[2].

(**وقال مُحمّد ﷺ: لا يحطّ فيهما**)[3]؛ لأنَّ البائعَ لم يرضَ إلاّ بما سمَّاه.

وللشَّافعي ﷺ قول كقول أبي حنيفة ﷺ وآخر كقول أبي يوسف ﷺ، ووجـه الفرق بين البيعين ما ذكرناه.

(**وَمَن اشترى شيئاً ممَّا يُنْقلُ ويُحَوَّلُ لم يجز له بيعه حتى يقبـضه**)؛ لـ«نهيـه ﷺ عن بيع ما لم يقبض»[4].

---

(١) لأنَّ الأصلَ فيه كونه تولية ومرابحة؛ ولهذا ينعقد بقوله: وَليتُك بـالثمن الأول، أو بعتك مرابحة على الثمن الأول، إذا كان ذلك معلوماً، فلا بُـدّ مـن البنـاء عـلى الأول، وذلك بالحط، غير أنَّه يحطّ في التولية قدر الخيانة من رأس المال، وفي المرابحة منـه ومـن الربح، كما في الهداية ١: ٥٠٠.

(٢) في أ و ب: «الأول».

(٣) أي: يخير فيهما جميعاً إن شاء أخذ بجيمع الثمن وإن شاء تـرك؛ لأنَّهـما تراضـيا فـلا معنى للحطّ؛ إلا أنَّ المشتري صار مغروراً فيتخير، كما في الرمـز٢: ٣٧؛ ولأنَّ الاعتبـار للتسيمة لكونه معلوماً، والتولية والمرابحة ترويجٌ وترغيب، فيكون وصفاً مرغوباً فيـه: كوصف السلامة، فيتخير بفواته، كما في الهداية ٦: ٥٠٠.

(٤) فعن حزام بن حكيم بن حزام ﷺ قال: (قلـت: يـا رسـول الله، إنّي رجـل أشـتري المتاع فما الذي يَحِلّ لي منها وما يَحْرُم عليَّ؟ فقال: يا ابن أخي، إذا ابتعت بيعـاً فـلا تبعـه حتى تقبضه) في صحيح ابن حبان١١: ٣٥٨،٣٦١، وسـنن النـسائي الكـبرى٤: ٣٧،

ويجوز بيعُ العقار قبل القبضِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ، وقال مُحمّد ﷺ: لا يجوز، ومَن اشترى مَكيلاً مُكايلة أو مَوزوناً فاكتاله أو اتزنه ثُمَّ باعه مُكايلةً أو مُوازنةً لم يَجُزْ للمشتري منه أن يبيعَه ولا يأكله حتى يعيد الكيلَ والوزن

(**ويجوز بيعُ العقار قبل القبضِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ**)[1]؛ لأنَّه لا يؤدِّي إلىٰ الغرر لاستحالة هلاكه.

(**وقال مُحمّد ﷺ: لا يجوز**)؛ لإطلاق الحديث، إلاّ أنَّ الحديثَ محمولٌ علىٰ المنقول؛ لعدم الغرر في العقار.

(**ومَن اشترى مَكيلاً مُكايلة أو مَوزوناً فاكتاله أو اتزنه ثُمَّ باعه مُكايلةً أو مُوازنةً لم يَجُزْ للمشتري منه أن يبيعَه ولا يأكله حتى يعيد الكيلَ والوزن**)[2]، [وكذلك إن كان معدوداً حتىٰ يَعُدُّه، وإن كان مذروعاً جاز بيعُه قبل ذرعه في

والمجتبىٰ٧: ٢٨٦، والمنتقىٰ١: ١٥٤، ومصنف ابن أبي شيبة٤: ٣٨٧، ومصنف عبد الرزّاق٨: ٤٣.

(١) لأنَّ ركنَ البيع صدرَ من أهله في محله، ولا غرر فيه؛ لأنَّ الهلاكَ في العقار نادر، بخلاف المنقول، والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد، والحديث معلول به، كما في الهداية ٦: ٥١٣.

(٢) أي: لا يعتبر كيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري؛ لأنَّه ليس بكيل البائع والمشتري وهو الشرط ولا كيله بعد البيع مع غيبة المشتري؛ لأنَّ الكيل من تمام التسليم؛ لأنَّ المبيع به يصير معلوماً، ولا تسليم إلا بحضرته، ولو كاله البائع بحضرة المشتري بعد البيع، قيل: لا يكتفىٰ به لظاهر الحديث، فإنَّه اشترط فيه صاعين، والصحيح أنَّه يكتفىٰ به؛ لأنَّ المبيع صار معلوماً بكيل واحد، وتحقّق معنىٰ التسليم، كما في التبيين٤: ٨٢.

قولهم جميعاً[1]][2]؛ «لنهيه ﷺ عن بيع طعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشتري[3]»[4]؛ ولاحتمال أن يزدادَ، فيكون آكلاً مال غيره.

(**والتَّصرُّفُ في الثَّمن قبل القبضِ جائزٌ**)[5]؛ لأَنَّه لا يؤدّي إلى الغرر، بخلاف المبيع على ما مَرَّ.

---

(1) أي: لا يشترط ذرعها ثانياً؛ لأنَّ الذرع وصف له وليس بقدر، فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان إن وجده زائداً أو ناقصاً، هذا إذا لم يسم لكل ذراع ثمناً، وإن سمَّى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع، كما في تبيين الحقائق ٤: ٨٢، وشرح الوقاية ص٥٤٢.

(2) ما بين المعكوفين زيادة من جـ.

(3) أي: أراد بصاع البائع صاعه لنفسه حين يشتريه، وبصاع المشتري صاعه لنفسه حين يبيعه؛ لإجماعهم على أنَّ البيع الواحد لا يحتاج إلى الكيل مرّتين، كما في البناية ٦: ٥١١، ويمكن أن يقال: إنَّ محمل الحديث على ما إذا اجتمعت الصَّفقتان بشرطِ الكيل، وهو ما إذا أسلمَ في كرّ بُرٍّ فلمّا حلَّ الأجل اشترى المُسَلَّمُ إليه من رجلٍ كُرّاً، أو أَمَرَ ربَّ السَّلمِ أن يقبضَهُ له، ثم يقبضُهُ لنفسه، فاكتالَهُ له، ثُمَّ اكتالَهُ لنفسه جاز. كما في شرح الوقاية ص٥٤١.

(4) من حديث جابر وأبي هريرة وأنس وابن عبّاس ﷺ في سنن ابن ماجه٢: ٧٥٠، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٣١٥، قال البيهقي: روي موصولاً من أوجه إذا ضمَّ بعضُها إلى بعضٍ قوي مع ما ثبت عن ابن عمر وابن عباس ﷺ، وينظر: المصباح ٣: ٢٤، وتلخيص الحبير٣: ٢٧، ونصب الراية ٤: ٣٤، وغيرها.

(5) لقيام المبيع، وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك؛ لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع، كما في اللباب ١: ٢٠٤، عن ابن عمر ﷺ، قال: (كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير

ويجوز للمشتري أن يزيدَ للبائع في الثَّمن، ويجوز للبائع أن يزيد في المبيع، ويجوز أن يَحُطَّ من الثَّمَن، ويَتَعَلَّقُ الاستحقاقُ بجميع ذلك، ومَن باع بثمن حال ثُمَّ أَجَّله أَجلاً معلوماً، صار مؤجلاً

(**ويجوز للمشتري أن يزيدَ للبائع في الثَّمن، ويجوز للبائع أن يزيد**) للمشتري (**في المبيع، ويجوز أن يَحُطَّ من الثَّمَن، ويَتَعَلَّقُ الاستحقاقُ بجميع ذلك**)؛ لأنَّهما تصرّفا في مالهما من غير جهالة في الثَّمن والمثمن، ويلحق ذلك بأصل العقد؛ دفعاً للغبن الواقع في المبيع، ولهما تلك الولاية؛ لأنَّ العقدَ في ملكهما، بدليل جواز فسخهما، فكان لهما إلحاق الزِّيادة به.

وعند زُفَر والشَّافِعيّ ﷺ: الزِّيادةُ هبةٌ مبتدأةٌ يعتبر فيها القبض؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما ملك العوض، فالزِّيادةُ تكون التزاماً للعوض عن ماله، وهذا لا يجوز، ونحن نقول: إذا التحق بأصل العقد لم يكن عوضاً عن ماله.

(**ومَن باع بثمن حال ثُمَّ أَجَّله أَجلاً معلوماً، صار مؤجلاً**)؛ لأنَّه رضي بتأخير حقِّه، فصار كما لو رضي بإسقاط بعضه، وهو الحطّ.

وقياس زُفَر والشَّافِعيّ ﷺ على القرض في أنَّه لا يصحّ تأجيله، لا يصحّ؛

وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، قال: فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة رضي الله عنها، فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك أني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فقال: لا بأس إذا أخذتها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء) في المنتقى ١: ١٦٥، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٢٨٤، وسنن أبي داود ٣: ١٥٠، وسنن النسائي ٤: ٣٤، والمجتبى ٧: ٢٨١، ومسند أحمد ٢: ١٣٩، ومعجم شيوخ أبي بكر الإسماعيلي ١: ٤١٦، ومسند الطيالسي ١: ٢٥٥، وهذا نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع.

وكلّ دين حال إذا أَجَّله صاحبُه صار مؤجَّلاً، إلاّ القرض فإنَّ تأَجيلَه لا يَصحّ.

باب الرِّبا: الرِّبا محرم، في كلِّ مكيل أو موزون بيع بجنسه متفاضلاً

لأنَّ القرض عارية؛ ولهذا لا يصحّ اشتراطه في العقد بالإجماع، وهنا يصحّ اشتراطه في العقد بالإجماع، فإذا أَجَّلَ التحق بأصل العقد كالحطّ، فافترقا من هذا الوجه.

(**وكلّ دين حال**[1] **إذا أَجَّله صاحبُه صار مؤجَّلاً، إلاّ القرض فإنَّ تأَجيلَه لا يَصحّ**)[2]، ووجه الفرق ما ذكرنا: أنَّ القرض عارية، فإنَّ المردود في القرض عين المأخوذ حكماً، وإذا لم يجعل كذلك، لكان بيعُ الدَّراهم بالدرهم نسيئةً، فإنَّه رباً بخلاف سائر الدُّيون.

باب الرِّبا

(**الرِّبا محرم**)؛ لقوله ﷻ: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، (**في كلِّ مكيل أو موزون بيع بجنسه متفاضلاً**)؛ لقوله ﷺ: «لا تبيعوا الصَّاع بالصَّاعين، ولا

(١) مثل ثمن البياعات وبدل المستهلكات، كما في اللباب ١: ٢٠٤.

(٢) لأنَّ القرض إعارة وَصِلة ابتداء، ولهذا يصح بلفظ الإعارة، ولا يملكه مَن لا يملك التبرّع: كالصبي، ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه ردّ مثله، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه: كالإعارة، فإنَّ المعيرَ إذا وقّت، له أن يرجع فيه قبل الوقت، وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التأجيل؛ لأنَّ الجنسَ بانفراده يحرم النَّساء لا سيما إذا كَمُلت العلة، وحرم التفاضل بها؛ ولأنَّ الأجَلَ لو لزم فيها لصار التبرُّع ملزماً على المتبرّع، وهو لا يجوز، كما في تبيين الحقائق ٤: ٨٤.

الصاعين بثلاثة»[1]، ثمّ قال النَّبيُّ ﷺ: «وكذلك الميزان»[2]، والمراد ما يوزن، وما يدخل تحت الصَّاع.

(**والعلّةُ فيه: الكيلُ مع الجنس، أو الوزنُ مع الجنس**)[3]؛ لأنَّ الرِّبا في اللغة: هو الزيادةُ المطلقة.

---

(١) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: (لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين، ولا الصاع بالصاعين فإني أخاف عليكم الرما، والرما هو الربا، فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله، أرأيت الرّجل يبيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل، قال: لا بأس إذا كان يداً بيد) في مسند أحمد ٢: ١٠٩، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ١٠٥، ١١٣: رواه الطبراني في الكبير، وفيه أبو جناب، وهو ثقة، ولكنَّه مدلس، والمراد ما يحلّ الصاع؛ إذ لا يجري الربا في نفس الصاع، وهو عام فيما يحله، كما في تبيين الحقائق ٤: ٨٦.

(٢) فعن أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما: (إنَّ رسولَ الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جَنيبٍ ـ وهو نوع جيد من أنواع التمر ـ فقال: أَكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ فقال: إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: لا تفعل بع الجَمْعَ ـ الرديء أو الخليط من التمر ـ بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً، وكذلك في الميزان) في صحيح مسلم ٣: ١٢١٥، وصحيح البخاري ٢: ٧٦٧، أي: في الموزون إذ نفس الميزان ليس من أموال الربا، وهو أقوى حجّة في عليّة القدر، وهو بعمومه يتناول الموزون كلّه الثمن والمطعوم وغيرهما.

(٣) فعن عبادة وأنس رضي الله عنهما، قال ﷺ: (ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعاً واحداً، وما كيل فمثل ذلك، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به) في سنن الدارقطني ٣: ١٨، وسنده حسن، كما في المنتقى، كما في إعلاء السنن ١٤: ٢٩٧، وجه الاستدلال: أنَّه ﷺ رتَّب

وفي الشرع: هو الفضلُ على المعيار الشرعي، وذلك إنَّما يعرفُ بهذين المعنيين؛ لأنَّ الكيلَ يظهر ذلك صورةً، والجنسية تظهره معنىً.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: هي الطعم، وفي الذهب والفضة الثمنية، وشرطهما الجنس؛ لأنَّ الطعمَ حياة النفوس، والثمنية حياة الأموال، فتناسب تعليق الحرمة بهما؛ تعظيماً لخطرهما، إلا أنَّ ما يقوم به قوام الآدمي يناسب التوسعة فيه والإطلاق دون التضييق، والمنع كما في الميتة حالة المخمصة، وإن ثبت هذا فنقول: لو باع قفيز جصّ بقفيزي جصّ لم يجز عندنا، خلافاً له، ولو باع تفاحة بتفاحتين جاز عندنا خلافه.

(وإذا بيع المكيلُ أو الموزونُ بجنسه مِثلاً بمثل جاز البيع، وإن بيعا تفاضلاً لم

الحكم على الجنس والقدر، وهذا نصٌ على أنَّهما علّة الحكم؛ لما عرف أنَّ ترتب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علّية مأخذ الاشتقاق لذلك الحكم، فيكون تقديره المكيل والموزون مِثلاً بمثل بسبب الكيل أو الوزن مع الجنس، كما في تبيين الحقائق ٤: ٨٦. وقال عمار بن ياسر ﷺ: (العبد خير من العبدين، والأَمة خير من الأَمتين، والبعير خير من البعيرين، والثوب خير من الثوبين، فما كان يداً بيد فلا بأس، إنَّما الربا في النساء لا ما كيل أو وُزن) في مشكل الآثار ١: ٣٣٩، والمحلى ٧: ٤٢٤، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٣١١: أخرجه ابن حزم ولم يعله، قال الإمام الطحاوي في مشكل الآثار ١: ٣٣٩: «فلما كان أوكد الأشياء في دخول الربا عليها الذهب والفضة، وليسا بمأكولين ولا مشروبين، عقلنا بذلك أنَّ العلة التي لها دخول الربا إلى الوزن فيما يوزن، والكيل فيما يكال مأكولاً كان ذلك أو مشروباً أو غير مأكول أو مشروب».

يجز، ولا يجوز بيع الجيد بالرديء ممّا فيه الرِّبا إلا مثلاً بمثل، وإذا عُدِم الوصفان: الجنسُ والمعنى المضموم إليه حَلَّ التفاضل والنَّساء، وإذا وُجدا حرم التفاضل والنَّساء، وإذا وُجِدَ أحدُهما وعُدِمَ الآخرُ حَلَّ التفاضل وحَرُمَ النَّساء

يجز)؛ لقوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا»[1].

(**ولا يجوز بيع الجيد بالرديء ممّا فيه الرِّبا إلا مثلاً بمثل**)؛ لقوله ﷺ: «جيدُها ورديئها سواء»[2].

(**وإذا عُدِم الوصفان: الجنسُ والمعنى المضموم إليه حَلَّ التفاضل والنَّساء**): كالحنطة بالذهب والفضة؛ لعدم علة الربا.

(**وإذا وُجدا حرم التفاضل والنَّساء**) كالحنطة بالحنطة؛ لتحقق العلة.

(**وإذا وُجِدَ أحدُهما وعُدِمَ الآخرُ حَلَّ التفاضل وحَرُمَ النَّساء**): كالحنطة بالشعير، أو الهروي بالهروي؛ لقوله ﷺ: (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد، ولا خير فيه نسيئة)[3]، والسَّلَمُ خُصَّ عن هذا؛ للضرورة.

---

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: (التمرُ بالتمر، والحنطةُ بالحنطة، والشعيرُ بالشعير، والملحُ بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمَن زاد أو استزاد فقد أربى، إلاّ ما اختلفت ألوانه) في صحيح مسلم٣: ١٢١١.

(٢) قال الزَّيْلعي في نصب الراية٤: ٣٧، وابن حجر في الدراية٢: ١٥٦: لم نقف عليه بهذا اللفظ، ويؤخذ من حديث أبي سعيد الخُدْرِي رضي الله عنه، قال ﷺ: (الذهب بالذهب...). وأقول: وكذلك من حديث: (إنَّ رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جَنيبٍ...) السابق ذكره.

(٣) ورد بلفظ قريب منه من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال ﷺ: (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح،

وكلُّ شيءٍ نَصَّ رسولُ الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيلٌ أَبَداً، وإن تركَ النّاسُ الكيلَ فيه مثل: الحنطة، والشَّعير، والتَّمر، والملح، وكلُّ ما نصَّ على تحريم التَّفاصل فيه وَزْناً فهو موزونٌ أَبَداً مثل: الذَّهب والفضّة

وإذا وُجِدَ الجنسُ بانفراده: كالهروي بالهروي حَلَّ التفاضل، وحَرُمَ النَّساء؛ لقوله ﷺ لَمَّا قيل له: إنّا نبيعُ الفرس بالأفراس، والنجيب بالنجائب، فقال ﷺ: «لا بأس بذلك يداً بيد، ولا خير فيه نساء»[1].

وقياس الشَّافِعيّ ﷺ على رّبا الفضل لا يصحّ؛ لأنَّهما يتفاضلان، كما في الحنطة والشعير.

(**وكلُّ شيءٍ نَصَّ رسولُ الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيلٌ أَبَداً، وإن تركَ النّاسُ الكيلَ فيه مثل: الحنطة، والشَّعير، والتَّمر، والملح، وكلُّ ما نصَّ على تحريم التَّفاصل فيه وَزْناً فهو موزونٌ أَبَداً مثل: الذَّهب والفضّة**)؛ لأَنَّه ﷺ نصَّ

مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد) في صحيح مسلم٣: ١٢١١، وسنن أبي داود٣: ٢٤٨، ووردت لفظة: (اختلف النوعان) في المعجم الكبير١: ٣١٩، والآثار١: ١٨٧. وينظر: نصب الراية٤: ٤، والدراية٢: ١٤٧. وعن إبراهيم ﷺ أنَّه قال: (أسلم ما يُكال فيما يوزن، وأسلم ما يوزن فيما يُكال، ولا تسلم ما يكال فيما يكال، ولا ما يوزن فيما يوزن، وإذا كان نوعاً واحداً مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد يداً بيد، ولا خَيْرَ فيه نسيئة) في الآثار لأبي يوسف ١: ١٨٦.

(١) فعن ابن عمر ﷺ، قال ﷺ: (لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين، ولا الصاع بالصاعين، فإني أخاف عليكم الرما، والرما هو الربا، فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله، أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل، قال: لا بأس إذا كان يداً بيد) في مسند أحمد ٢: ١٠٩، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ١٠٥، ١١٣: رواه الطبراني في الكبير، وفيه أبو جناب، وهو ثقة، ولكنَّه مدلس.

على هذه الأشياء الستّة[1] في حديث أبي سعيد الخُدْرِيِّ ﵁[2]، ومخالفة النبي ﷺ معصية، وطاعته مفروضة.

(**وما لم يُنَصَّ عليه فهو محمولٌ على عادة النَّاس**)؛ لقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله ﷻ حسن»[3].

والشَّافِعيّ ﵁ يعتبر عادةَ الحجاز؛ لقوله ﷺ: «المكيالُ مكيالُ أهل المدينة، والميزانُ ميزانُ أهل مكّة»[4]، ولا حجّة له فيه؛ لأنَّه ساكتٌ عن محلّ النزاع.

---

(١) فالشعير والبر والتمر والملح كيلي، والذهب والفضة وزني أبداً؛ وإن ترك الناس الكيل في الأربعة المتقدمة أو الوزن في الآخرين؛ لأنَّ النص قاطع وهو أقوى من العرف، والأقوى لا يترك بالأدنى؛ ولأنَّ العلة المستنبطة لا تعتبر في محلّ النصّ؛ للاستغناء عنها بالنصّ؛ ولهذا إذا كانت العلّة المستنبطة قاصرة لا تعتبر أصلاً، بخلاف المنصوص عليها، كما في مجمع الأنهر ٢: ٨٦، وتبيين الحقائق ٤: ٩١.

(٢) فعن أبي سعيد الخُدْرِي ﵁، قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد، أو استزاد، فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء» في صحيح مسلم ٣: ١٢١١.

(٣) في مسند أحمد ١: ٣٧٩، ومستدرك الحاكم ٣: ٨٣، والمعجم الكبير ٩: ١١٢، ومسند أبي داود الطَّيَالِسِي ص٣٣، وفضائل الصحابة ١: ٣٦٧ موقوفاً على ابن مسعود ﵁.

(٤) فعن ابن عمر ﵄، قال: (الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة) في سنن أبي داود ٢: ٢٦٦، وسنن النسائي الكبرى ٢: ٢٩، وصحيح ابن حبان ٨: ٧٧.

وعقدُ الصرف: ما وقع على جنس الأثمان، يعتبر فيه قبض العوضين في المجلس، وما سواه ممَّا فيه الرِّبا يُعْتَبَرُ فيه التعيين، ولا يُعْتَبَرُ فيه التَّقابض، ولا يجوز بيعُ الحنطةِ بالدَّقيقِ ولا بالسَّويق

(**وعقدُ الصرف: ما وقع على جنس الأثمان، يعتبر فيه قبض العوضين في المجلس**)؛ لقوله ابن عمر ﷺ لَمَّا سُئِلَ عن الصرف: «من هذه إلى هذه، يعني من يدك إلى يده، وإن استنظرك إلى خلف هذه السارية فلا تنظره»[1].

(**وما سواه ممَّا فيه الرِّبا يُعْتَبَرُ فيه التعيين، ولا يُعْتَبَرُ فيه التَّقابض**)؛ لأنَّه يتعيَّن بالتعيين، فلا يشترط فيه التقابض كبيع العبد بالعبد.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: التقابض في بيع الطعام بالطعام شرطٌ؛ اعتباراً ببيع الذهب بالذهب، والفرقُ: أنَّ الدراهمَ والدنانيرَ لا تتعيّن إلا بالقبض، ولأنَّه إنَّما سُميَّ صرفاً لصرف كلّ واحد من المتعاقدين ما في يده إلى يد صاحبه، وهذا بخلافه.

(**ولا يجوز بيعُ الحنطةِ بالدَّقيقِ ولا بالسَّويق**)[2]، وكذلك بيع الدَّقيق بالسَّويق عند أبي حنيفة ﷺ، ويجوز عند صاحبيه ﷺ متفاضلاً أو متساوياً؛ لأنَّ التَّساوي فيهما كيلاً شرط، وقد تعذَّر اعتباره بالطَّحن.

---

(١) فعن ابن عمر ﷺ، قال عمر ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثلاً بمثل، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالوَرِق إلا مِثلاً بمثل، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره، إني أخاف عليكم الربا» في الموطأ٢: ٦٣٤، وسنن البيهقي الكبير ٥: ٢٨٤.

(٢) أي: البرّ بالدقيق أو بالسَّويق لا متفاضلاً ولا متساوياً؛ لأنَّه جنسه من وجه، وإن اختص باسم آخر فيحرم؛ لشبهة الربا؛ لأنَّ أحدهما برّ والآخر أجزاؤه، أو أحدهما

ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ، وقال مُحمّد ﷺ: لا يجوز إلاّ أن يكون اللَّحمُ الخالصُ أَكثرَ ممَّا هو في الشَّاة

(**ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ**)[1]؛ لأنَّه بيعٌ بخلاف الجنس، وإنَّه موزون ومعدود، فصار كالموزون والمكيل.

(**وقال مُحمّد ﷺ: لا يجوز إلاّ أن يكون اللَّحمُ الخالصُ أَكثرَ ممَّا هو في الشَّاة**)؛ اعتباراً ببيع الزَّيتون بالزَّيت، والسِّمسم بالشّيرج، فإنَّه لا يجوز إلاّ على هذا الاعتبار، كذا هذا.

لكنَّا نقول: الزيتون والسمسم يرادان للدهن، فقد اتفقا في المقصود، بخلاف الحيوان؛ لأنَّه ليس المقصود منه اللحم فحسب.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: بيع اللحم بالحيوان من جنسه لا يجوز قولاً واحداً

دقيق والآخر أجزاؤه؛ وهذا لأنَّه بالطحن لم يوجد إلا تفريق الأجزاء، والمجتمع بالتفريق لا يصير جنساً آخر، فبقيت شبهة المجانسة، وثبوت الشبهة تكفي لثبوت حرمة الربا، ألا ترى أنَّ البُر إذا طحن يزيد عليه، وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال، وظهرت بالطحن، كما في الوقاية ص٥٤٨، والتبيين ٤: ٩٤.

(١) لأنَّه بيع المعدود بالموزون، فيجوز متفاضلاً؛ لاختلافهما جنساً؛ وهذا لأنَّ الحيوان ليست فيه مالية اللحم؛ إذ هي معلقة بفعل شرعي، وهو الذكاة، ألا ترى أنَّه لا يُنتفع به انتفاع اللحم، فصار جنساً آخر غير اللحم؛ ولهذا قال الله ﷻ: ﴿**فَكَسَوْنَا ٱلْعِظَٰمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ**﴾ [المؤمنون: ١٤]، أي: بنفخ الروح، فإذا كان جنساً آخر جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، بخلاف الزيت مع الزيتون؛ لأنَّهما جنس واحد؛ إذ الزيت موجود فيه للحال، وإنَّما هو مستتر، كما في التبيين ٤: ٩١، وشرح الوقاية ص٥٤٦-٥٤٧.

وبخلاف جنسه له فيه قولان؛ لأنَّه «ﷺ نهىٰ عن بيع اللحم بالحيوان»[1]، إلاّ أنّه رَوَىٰ في الحديث نسيئة، فكان هذا أولىٰ؛ لأنَّ فيه زيادة.

(**ويجوز بيع الرُّطب بالتَّمْر مثلاً بمثل، والعِنب بالزَّبيب**)[2]؛ لأنَّه بيعُ الجنس بجنسه متساوياً فصار كالجديد بالعتيق.

(**وقالا**) والشَّافِعيّ رضي الله عنه: (**لا يجوز**)؛ لقوله ﷺ: لَمَّا سُئِل عنه: «أينقص إذا جَفَّ؟ قالوا: نعم، قال: فلا إذاً»[3]، إلاّ أنَّ مدارَ الحديث علىٰ زيد بن عيّاش، وإنَّه ضعيف[4].

---

(1) في المستدرك ٢: ٤١، وسنن البيهقي الكبير٥: ٢٩٦، وسنن الدارقطني٣: ٧٠، ومراسيل أبي داود ص١٦٧.

(2) لقوله ﷺ: (التمر بالتمر مِثلاً بمثل، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم...) في صحيح مسلم ٣: ١٢١١، والرطب تمر، فيجوز بيعه بالتمر متماثلاً، وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما: (نهىٰ ﷺ عن بيع التمر حتىٰ يزهي) في المستدرك ٢: ٢٣، وهو اسم له من أول ما ينعقد إلىٰ أن يدرك؛ ولأنَّه إن كان تمراً جاز بيعه به بأول الحديث: (التمر بالتمر)، وإن كان غير تمر فبآخره: (إذا اختلفت الأصناف، فبيعوا كيف شئتم)؛ ولأنَّهما مستويان في الحال، وإنَّما يتفاوتان في المآل؛ لذهاب جزء منه وهو الرطوبة، كما في شرح الوقاية ص٥٤٧.

(3) فعن زيد أبي عياش رضي الله عنه: «سمعت رسول الله ﷺ سئل عن الرطب بالتمر، فسأل من حوله أينقص إذا جفّ؟ قالوا: نعم، قال: فلا إذاً» في المستدرك ٢: ٤٤.

(4) وقال الغزنوي في الغرة المنيفة ص٧٨: «أنَّ مدار هذا الحديث عن زيد بن عياش وهو ضعيف عند أهل النقل».

ولا يجوز بيعُ الزَّيتون بالزّيت، والسِّمْسِمِ بالشيرج حتى يكون الزَّيت والشيرج أَكثر ممَّا في الزَّيتون والسِّمسم، فيكون الزَّيتُ بمثلِه، والزِّيادةُ بالثَّجير، ويجوز بيعُ اللحمان المختلفان بعضُها ببعضٍ مُتفاضلاً، وكذلك ألبان البقر بألبان الغنم، وكذا خلّ الدَّقل بخلّ العنب

(**ولا يجوز بيعُ الزَّيتون بالزّيت، والسِّمْسِمِ بالشيرج حتى يكون الزَّيت والشيرج أَكثر ممَّا في الزَّيتون والسِّمسم، فيكون الزَّيتُ بمثلِه، والزِّيادةُ بالثَّجير**)[1]؛ اعتباراً للتساوي فيما هو المقصود.

(**ويجوز بيعُ اللحمان المختلفان بعضُها ببعضٍ مُتفاضلاً، وكذلك ألبان البقر بألبان الغنم، وكذا خلّ الدَّقل**[2] **بخلّ العنب**)؛ لأنَّها مختلفة الأجناس لاختلاف أصولها[3].

---

(١) ليكون قدره بمثله، والزائد بالثَّجير؛ لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمنهما، وإن اختلفا صورة، فيثبت بذلك شبهة المجانسة، والربا يثبت بالشبهة، فلو لم يكن الدهن الخالص أكثر من الذي في الآخر كان الثجير بلا عوض يقابله فيحرم، ولو لم يعلم أنَّ الخالص أكثر لا يجوز؛ لأنَّ المتوهم في الربا كالمتحقق، كما في شرح الوقاية ص٥٤٨، وتبيين الحقائق ٤: ٩٦، فروى جابر: (إنَّه ﷺ نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر) في صحيح مسلم ٣: ١١٦٢، والمستدرك ٢: ٤٤، وعن عمر ﷺ: (إنَّ آخر ما نزل من القرآن آية الربا، وإنَّ رسول الله ﷺ قبض ولم يفسرها، فدعوا الربا والريبة) في مسند أحمد ١: ٣٦، ٤٩، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٦٤، وقال الكناني في المصباح ٣: ٣٥: رجاله ثقات.

(٢) الدَّقل: نوع من أردأ التمر، كما في طلبة الطلبة ص١٠٩.

(٣) حتى لا يضم بعضها إلى بعض في الزكاة، وأسماؤها أيضاً مختلفة باعتبار الإضافة:

وقال الشَّافِعيّ ﷺ في قول: لا يجوز بيع اللحوم بعضُها ببعض متفاضلاً؛ لاتحاد الجنس من حيث اتحاد الاسم، إلاّ أنَّ هذا يبطل بالفاكهة والأدوية.

(**ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً**)؛ لأنَّ الخبزَ بالصنعة صار جنساً آخر[1].

كدقيق البر والشعير، والمقصود أيضاً مختلف، فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض، وقد يضره البعض وينفعه غيره، والمعتبر في الاتحاد في المعنى الخاص دون العام، ولو اعتبر العام لما جاز بيع شيء بشيء أصلاً، بخلاف لحم الجاموس والبقر أو لبنهما أو لحم المعز والضأن أو لبنهما، حيث لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً؛ لأنَّهما جنس واحد حتى يضم أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب في الزكاة، فكذا أجزاؤهما ما لم يختلف المقصود: كشعر المعز وصوف الضأن، أو لم يتبدل بالصنعة؛ لأنَّ بالتبدل تختلف المقاصد؛ ولهذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلاً، وإنَّما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلاً، وإن كان من جنس واحد، ولم يتبدل بالصنعة؛ لكونه غير موزون عادة، فلم يكن مقدراً، فلم توجد العلّة، فحاصله: أنَّ الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو بتبدل الصنعة، كما في التبيين ٤: ٩٤، والوقاية ص٥٤٧.

(١) أي: خرج من أن يكون مكيلاً، فصار عددياً أو موزوناً، والبر والدقيق مكيل بالنص، فلم يجمعهما القدر ولا الجنس، فلا توجد علة الربا، وهذا إذا كانا نقدين، أي: حكمُ الجوازِ إذا لم يكن أحدُ البدلين الذين هما الخبز والبرّ، أو الخبز والدَّقيق نسيئة، وإن كان الخبزُ نسيئةً والبرُّ والدقيقُ نقداً، فيجوزُ إذا ذكر وزناً معلوماً ونوعاً معلوماً، وبه يفتى؛ لحاجةِ النَّاسِ إليه، لكن ينبغي أن يحتاطَ وقت القبض، حتى يقبَضَ من الجنسِ الذي سمّى؛ لئلا يصير مستبدلاً بالمُسَلَّم فيه قبل القبض، أو كان البرُّ أو الدقيق نسيئةً والخبزُ نقداً، فيجوز؛ لأنَّه أسلمَ موزوناً في مكيل يمكنُ ضبطُ صفتِهِ ومعرفةُ مقدارِه.

(**ولا ربا بين المولى وعبده**)؛ لأنَّ ما في يد العبد لمولاه حقيقة[1].

(**ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب**)؛ لأنَّ مالَ الحربي لا عصمة له، فجاز أخذه كيفما كان برضاه[2].

وجوازه نسيئة عند أبي يوسف ﷺ، ونص في الوقاية ص٥٤٧ على أنَّه مفتى به، وفي التبيين ٤: ٩٥: لا يصح نسيئة على الأصح؛ لما ذكر ابن رستم ﷺ في نوادره: أنَّ على قول أبي حنيفةَ ومحمّد ﷺ لا يصحُّ السلمُ في الخبزِ لا وزناً ولا عدداً؛ لأنَّه يتفاوتُ بالعجن والنضج، ويكون منه الثقيلُ والخفيف؛ ولهذه العلَّةِ أفسد أبو حنيفةَ ﷺ استقراضه؛ لأنَّ السلمَ أوسعُ باباً من القرض، حتى جازَ السَّلمُ في الثياب، ولم يجزِ القرضُ فيها، كما في كمال الدراية ق٤١٢-٤١٣.

(١) فعن عطاء ﷺ: «كان ابن عباس ﷺ يبيع من غلمانه النخل السنتين والثلاث، فبعث إليه جابر بن عبد الله ﷺ: أما علمت نهي رسول الله ﷺ عن هذا؟ فقال: ابن عباس ﷺ: بلى، ولكن ليس بين العبد وبين سيده ربا» في المحلى لابن حزم ٧: ٤٦٧، ولم يعله بشيء، كما في إعلاء السنن ١٤: ٣٩٧.

(٢) فعن مكحول ﷺ، قال ﷺ: (لا ربا بين أهل الحرب)، وأظنه قال: (وبين أهل الإسلام)، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٤: ٣٨٦: أخرجه البيهقي، وهو حديث مرسل، والمرسل حجة عندنا، وجهالة بعض المشيخة غير مضر؛ لأنَّ تلك الجهالة بالنسبة إلينا لا بالنسبة إلى المجتهد؛ ولأنَّ مال الحربي ليس بمعصوم، بل هو مباح في نفسه، وقد طَيَّبَ نفسَ الكافر بما أعطاه، إلا أنَّ المسلم المستأمن منع من تملُّكه من غير رضاه؛ لما فيه من الغدر والخيانة، فإذا بدَّله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى، فكان الأخذَ استيلاءً على مال مباح غير مملوك، وإنَّه مشروع مفيد للملك، كالاستيلاء على الحطب والحشيش، كما في المبسوط ١٤: ٥٩، والبدائع ٥: ١٩٢.

إذا تمهَّد لك ما سَبَقَ فلا تَغْتَرَ بجوازِ ذلك في عصرنا؛ لأنَّ كبار علماء الحنفية قالوا بعدم جواز العقود الفاسدة بين المسلم والحربي في دار الكفر؛ لكثرة ما يترتب عليها من الضرر الظاهر؛ لأنَّ كثيراً من البلاد الكافرة يتوطَّن فيها آلاف، بل ملايين من المسلمين، ويقيمون فيها إقامة دائمة، ويلحقهم ضرر عظيم بالتعاملات الربوية وغيرها، كما أنَّ أموالَ المسلمين صارت في بنوكِ الغربيين فيتقوُّون بها علينا.

بسبب ذلك وغيره تظافرت فتاوى كبار علماء المذهب بالفتوى على قول أبي يوسف رضي الله عنه، قال العلامة المحقق ظفر أحمد التهانوي (ت١٣٩٤هـ) في إعلاء السنن ١٤: ٤١٤: «فلا شك في كون التوقي عن الربا ولو مع الحربي في دار الحرب أحسن وأحوط وأزكى وأحرى خروجاً من الخلاف، وهو الذي ذهب إليه شيخنا حكيم الأمة، وأفتى به، واختاره ترجيحاً لقول أبي يوسف والجمهور رضي الله عنهم».

وأجاب شيخنا العلامة محمد تقي العثماني حفظه الله ورعاه في بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص٣٤٦ عن شراء منزل أو سيارة أو غيرها من البنوك الربوية في أوروبا وأمريكا، فقال: «إنَّ المعاملة المذكورة غير جائزة؛ لاشتمالها على الربا الحرام شرعاً، وينبغي للمسلمين وعددهم غير قليل أن يجتهدوا لإيجاد بدائل هذه المعاملة الموافقة للشريعة الإسلامية، بأن يكون البنك نفسه هو البائع بتقسيط، ويزيد في ثمن البيوت وغيرها عن الثمن المعروف، فيشتريها من الباعة، ويبيعها إلى زبائنها بربح مناسب، وينبغي أن تطرح هذه المسألة على لجنة مستقلة تكون لتخطيط نظام البنوك اللاربوية لتنظر في تفاصيلها».

وقال العلامة محمد سعيد البرهاني في هامش الدرر المباحة ص٧٣: «إنَّ المقيمين اليوم من المسلمين في بلاد الحرب... لا يَحِلّ لهم التعامل مع الحربيين بأي شكل...».

وقال أخونا الحبيب الشيخ فراز رباني: «الذي يفتى به المحققون من أهل المذهب منهم أكابر علماء ديوبند، مثل: العلامة المفتي محمد تقي العثماني، وشيخنا العلامة المفتي محمود أشرف العثماني، وكذلك كبار علماء الشام، منهم: فضيلة الشيخ عبد الرزاق

وعند الشَّافِعيّ وأبي يوسف رضي الله عنهم: لا يجوز؛ اعتباراً بمال المستأمن في دار الإسلام، إلاّ أنَّ مالَ المستأمن صار معصوماً بعقد الأمان، بخلاف الحربي.

بابُ السَّلَم

(السَّلمُ[1] جائزٌ[2] في المكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تتفاوت:

الحلبي، وشيخنا العلامة أديب كلاس، والعلامة محمد سعيد البرهاني... أنَّ تلك البلاد تختلف حقيقتها عما تناولها الفقهاء، فلا تطبق مثل الأحكام المسطورة في الكتب على المسلمين في تلك البلاد؛ لأسباب كثيرة، منها: التجنس، وإقامة المسلمون فيها بكثرة، ومنها الضرر المتحقِّق العائد على المسلمين... وغيره. فالذي يُفتي به من يُعتدّ به مِن علماء المذهب: أنَّ جميع أحكام الربا يجري في بلاد الكفَّار، ولا يجوز للمسلم سواء أكان مواطناً أم مقيماً أم زائراً أن يتعاقد بعقود ربوية»، هذا خلاصة ما حرره العبد الفقير في فتوى مستقلة، والله أعلم

(1) فتعريفه لغةً من سلف في كذا، وأسلف وأسلم، إذا قدَّمَ الثمن فيه، والسلف السلم، والقرض بلا منفعة أيضاً، يقال: أسلفه مالاً إذا أقرضه، كما في المغرب ص٢٣٢.

واصطلاحاً: وهو بيع الشيء على أن يكون ديناً بالشرائط المعتبرة شرعاً، كما في شرح الوقاية ص٥٥٣، فهو أخذ عاجل بآجل، وسمِّي هذا العقد به؛ لكونه معجّلاً على وقته، فإنَّ أوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد، والسَّلَم يكون عادة بما ليس بموجود في ملكه، فيكون العقد معجلاً، كما في تبيين الحقائق ٤: ١١٠.

(2) فعن أبي حسان، قال ابن عباس رضي الله عنهما: (أشهد أنَّ السلف حسنة إلى أجل مسمى، قد

كالجوز والبيض، وفي المذروعات، ولا يجوز السَّلَمُ في الحيوان، ولا في أَطرافِه، ولا في الجلودِ عدداً، ولا في الحطب حزماً، ولا في الرطبة جُرُزاً

كالجوز والبيض، وفي المذروعات)[1]؛ لأنَّ هذه الأشياء يمكن معرفتها وضبط صفتها.

(**ولا يجوز السَّلَمُ في الحيوان**[2]، **ولا في أَطرافِه، ولا في الجلودِ عدداً، ولا في الحطب حزماً، ولا في الرطبة جُرُزاً**)؛ لجهالتها[3].

أحلَّه الله في الكتاب، وأذن فيه، قال الله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ...﴾ [البقرة: ٢٨٢]) في المستدرك ٢: ٣١٤، وصححه، وسنن البيهقي الكبير ٦: ١٨، والمعجم الكبير ١٢: ٢٠٥. وعن ابن أبي أوفى ﷺ، قال: (إنا كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر ﷺ في الحنطة والشعير والزبيب والتمر) في صحيح البخاري ٢: ٧٨٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٧٥. قال ابن المنذر: «أجمع كل مَن نحفظ عنه من أهل العلم على أنَّ السلم جائز»، كما في المغني ٤: ١٨٥.

(١) أما المكيلات والموزونات؛ فلأنَّها ممكنة الضبط قدراً وصفةً على وجه لا يبقى بعد الوصف بينه وبين جنسه ونوعه إلا تفاوت يسير؛ لأنَّها من ذوات الأمثال، وكذلك العدديات المتقاربة من الجوز والبيض؛ لأنَّ الجهالة فيها يسيرة لا تفضي إلى المنازعة، وصغير الجوز والبيض وكبيرهما سواء؛ لأنَّه لا يجري التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة، فكان ملحقاً بالعدم، فيجوز السلم فيها عدداً، وكذلك كيلاً، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢٠٨، وشرح الوقاية ص٥٥٣.

(٢) وكذلك لا يجوز السلم في اللحم عند أبي حنيفة ﷺ، وقال الصاحبان: يصح إن بيّن جنسه ونوعه وصفته وموضعه: كشاة خصية وثني سمين من الجنب منة مَنّ، والفتوى على قولهما، كما في البحر الرائق ٦: ١٧٢، وفتح القدير ٦: ٢١٦، والدر المختار ٤: ٢٠٥.

(٣) لما فيها من فحش التفاوت، ولأنَّه لا يمكن ضبطها بالوصف؛ إذ يبقى بعد بيان

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: يجوز السَّلَم في الحيوان؛ لأنَّه جاز ثبوته في الذمّة مهراً، فكذا سَلَماً، والفرق: أنَّ النكاحَ مبنيٌّ على المسامحة والمساهلة، فالجهالةُ فيه لا تؤدي إلى المنازعة، بخلاف الأموال؛ لأنَّ مبناها على المماكسة والمضايقة.

(**ولا يجوز السَّلَمُ حتى يكون المُسَلَّمُ فيه موجوداً من حين العقدِ إلى حين المحلّ**)؛ لأنَّه رُبَّما يَحِلّ قبل المحلّ بموت مَن عليه فلا يقدر على تسليمه، فيؤدّي إلى المنازعة والفساد، واحتمال الفساد في هذا العقد ملحق بحقيقة الفساد، وقال ﷺ لمن أسلم في ثمار حائط بعينه: «لو أذهب الله ثمرة الحائط بما يستحل أحدكم مال أخيه المسلم»[1].

جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة؛ لتفاوت فاحش بين جوهر وجوهر، ولؤلؤ ولؤلؤ، وحيوان وحيوان وهكذا، كما في البدائع ٥: ٢٠٩-٢١٠، وعن ابن عبّاس ﷺ: (إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن السلف في الحيوان) في المستدرك ٢: ٦٥، وصححه، وسنن الدارقطني ٣: ٧١، وسنن البيهقي الكبير ٦: ٢٢، ومصنف عبد الرزاق ٨: ٢٣، ومسند ابن الجعد ١: ٤٩.

(١) فعن ابن عمر ﷺ، قال: (إنَّ رجلاً أسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله ﷺ قبل أن يطلع النخل، فلم يطلع النخل شيئاً ذلك العام، فقال المشتري: هو لي حتى يطلع، وقال البائع: إنَّما بعتك النخل هذه السنة، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال للبائع: أخذ من نخلك شيئاً، قال: لا، قال: فبم تستحل ماله، اردد عليه ما أخذت منه، ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه) في سنن أبي داود ٣: ٢٧٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٦٧، واللفظ له، والمعجم الأوسط ٥: ٥٦، ومصنف ابن أبي شيبة ٦: ١٤، وفي لفظ: (نهى ﷺ عن بيع النخل حتى يصلح، وعن بيع الوَرِق نساءً بناجز) في صحيح البخاري ٢: ٧٨٣، وينظر: نصب الراية ٤: ٤٩.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: يجوز في المنقطع إن كان موجوداً عند المحلّ؛ لأنَّ ما بين ذلك ليس وقت التسليم، إلاّ أنَّه يحتمل ذلك على ما مَرَّ.

(**ولا يَصِحّ السَّلَمُ إلاّ مؤجّلاً**)[1]؛ لأنَّه بيعُ المفاليس، وقد جُوِّزَ للضرورة على خلاف القياس، فلو جاز حالاً كما هو مذهب الشَّافِعيّ ﷺ لطالبه بالأداء فلم يحصل المطلوب منه، فيرجع على مضمونه بالنقض والإبطال.

(**ولا يجوز إلا بأجلٍ معلومٍ**)[2]؛ لأنَّ الجهالةَ تؤدِّي إلى المنازعة، وإنَّها منشأ الفساد.

(١) وأقل الأجل شهر على المفتى به، كما في فتح القدير ٦: ٢١٩، ورد المحتار ٥: ٢١٥، وغيرهما، وقال في الوقاية ص٥٥٦: هو الأصح، وقيل: أقله ثلاثة أيام، وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي أستاذ الطحاوي عن أصحابنا؛ اعتباراً بخيار الشرط، وليس بصحيح؛ لأنَّ الثلاثة ثَمّ بيان أقصى المدة، فأما أدناه فغير مقدر. وقيل: أكثر من نصف يوم، وقائله أبو بكر الرازي،كما في المبسوط ١٢: ١٢٧، وشرح الوقاية ص٥٥٦، والعناية ٦: ٢١٨.

(٢) لقوله ﷺ: (مَن أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٦، وصحيح البخاري ٢: ٧٨١؛ فأوجب ﷺ مراعاة الأجل في السلم كما أوجب مراعاة القدر فيه، فدلَّ على كونه شرطاً فيه كالقدر؛ ولأنَّ السلم حالاً يفضي إلى المنازعة؛ لأنَّ السلم بيع المفاليس، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه، ورب السلم يطالب بالتسليم، فيتنازعان على وجه تقع الحاجة إلى الفسخ، وفيه إلحاق الضرر برب السلم؛ لأنَّه سلم رأس المال إلى المسلم إليه وصرفه في حاجته فلا يصل إلى المسلم فيه ولا إلى رأس المال، فشرط الأجل حتى لا يملك

ولا يصحّ السَّلَمُ بمكيالٍ رجلٍ بعَيْنِهِ، ولا بذراعِ رجلٍ بعَيْنِه، ولا في طعامِ قريةٍ بعينها، ولا في ثمرة نخلة بعينها، ولا يصحّ السَّلَم عند أبي حنيفة ﷺ إلا بسبع شرائط تذكر في العقد: جنس معلوم، ونوع معلوم، وصفة معلومة، ومقدار معلوم، وأجل معلوم، ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان ممَّا يتعلَّق العقد على قدره:

(**ولا يصحّ السَّلَمُ بمكيالٍ رجلٍ بعَيْنِهِ، ولا بذراعِ رجلٍ بعَيْنِه، ولا في طعامِ قريةٍ بعينها، ولا في ثمرة نخلة بعينها**)؛ لاحتمال أن يهلكَ القفيزُ والرَّجلُ قبل المحلّ، وأن لا تزرع القرية، ولا تثمر النخلة، وإلى هذه أشار ﷺ بقوله: «لو أذهب الله تعالى ثمرة الحائط ...» الحديث.

(**ولا يصحّ السَّلَم عند أبي حنيفة ﷺ إلا بسبع شرائط تذكر في العقد:**

1. **جنس معلوم**): كالحنطة.
2. (**ونوع معلوم**): كالسقية[1].
3. (**وصفة معلومة**): كالجيدة.
4. (**ومقدار معلوم**): كالكرّ.
5. (**وأجل معلوم**): كالشهر والسنة.
6. (**ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان ممَّا يتعلَّق العقد على قدره:**

المطالبة إلا بعد حل الأجل، وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهراً، فلا يؤدي إلى المنازعة المفضية إلى الفسخ والإضرار برب السلم، كما في البدائع ٥: ٢١٢.

(١) كما إذا كان في البلد نقود مختلفة فنقول: دينار أردني أو دينار عراقي أو حنطة سقية أو حنطة بَخسية، والسقية: التي تسقى منسوبة إلى السقي، والبخسية: التي لا تسقى منسوبة إلى البَخس، كما في شرح الوقاية ص٥٥٥.

كالمكيل، والموزون، والمعدود، وتسمية المكـان الـذي يُوَفِّيـه فيـه إذا كـان لـه حمـل ومؤنة، وقالا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيّناً، ولا إلى مكان التـسليم، ويسلِّمُه في موضع العقد

كالمكيل، والموزون، والمعدود[1].

٧. **وتسمية المكان الذي يُوَفِّيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة)**[2].

والأصلُ فيه: قوله ﷺ: «مَن أسلم فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»[3]، نصّ ﷺ على اعتبار معرفة المقدار والأجل؛ لأنَّ جهـالتَهما تـؤثِّر في الفساد، فيجب انتفاء كلِّ جهالة تؤثر في ذلك، وذلك فيما قلنا.

(**وقالا: لا يحتاج إلى تـسمية رأس المـال إذا كـان معيّنـاً**)، وهـو أحـدُ قـولي الشَّافِعيّ ؓ؛ لأنَّ في البدل المعيّن لا يفتقر العقـد إلى معرفـة قـدره، كـما في البيـع، (**ولا إلى مكان التسليم، ويسلِّمُه في موضع العقد**)؛ لأنَّه موضـع الالتـزام، فيتعـيّن لإبقاء ما التزمه، كما في القَرْض والغَصْب.

---

(١) بخلاف الثوب والحيوان، فإنَّه يصير معلومـاً بالإشـارة اتفاقـاً، كـما في اللبـاب٣: ١١١.

(٢) لأنَّ في الأشياء التي لها حمل ومؤنة تختلف باختلاف الأمكنة؛ لما يلزم في حملها مـن مكان إلى مكان آخـر مـن المؤنـة، فيتنازعـان، كـما في شرح الوقايـة ص٥٥٦، وبـدائع الصنائع ٥: ٢١٣ وأما ما لا حمل له فيوفيه حيث شاء على الأصـحّ، كـما في الوقايـة ٤: ٦٩، وفي الجامع الـصغير ص٣٢٣: يوفيـه في مكـان العقـد، وصـححه السَّرخَـسيُّ في محيطه، وأيَّدَه ابن كمال باشا في الإيضاح ق١٠١/ أ، وجزم به صـاحب الفـتح٦: ٢٢٦، لكنَّ أصحاب المتون على الأول، وصححه صاحب الهداية٣: ٧٤، والملتقى ص١٢٠.

(٣) في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٦، وصحيح البخاري ٢: ٧٨١.

ولا يصحّ السَّلَم حتى يقبضَ رأس المال قبل أن يفارقَه، ولا يجوز التصرُّف في رأسِ مالِ السَّلَم قبل قبضه، ولا تجوز الشركة ولا التولية في المُسَلَّم فيه

وللشافعيّ ﷺ قولٌ كقول أبي حنيفة ﷺ وقولٌ كقولهما، وقول يستحبّ فيه تسمية المكان.

(**ولا يصحّ السَّلَم حتى يقبضَ رأس المال قبل أن يفارقَه**)؛ لئلا يكون ديناً بدين؛ لنهيه ﷺ: «عن بيع الكالئ بالكالئ[1]»[2].

(**ولا يجوز التصرُّف في رأسِ مالِ السَّلَم قبل قبضه**)؛ لأنَّه إسقاط القبض الواجب حقّاً للشرع، (**ولا في المُسَلَّم فيه**)؛ لأنَّه تصرّف في المنقول قبل القبض[3].

(**ولا تجوز الشركة[4] ولا التولية[5] في المُسَلَّم فيه**)؛ لما ذكرنا أنَّه تصرُّفٌ في

---

(١) أي: النسيئة بالنسيئة، ولأنَّ مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط، فإنَّه يسمى سلماً وسلفاً لغةً وشرعاً، تقول العرب: أسلمت وأسلفت بمعنى واحد، والسلم ينبئ عن التسليم، والسلف ينبئ عن التقدم، فيقتضي لزوم تسليم رأس المال، ويقدم قبضه على قبض المُسلم فيه، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢٠٣.

(٢) فعن ابن عمر ﷺ: (إنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الكالئبالكالئ) في سنن الدارقطني ٣: ٧١، والموطأ ٢: ٧٩٧، وشرح معاني الآثار ٤: ٢١، والمستدرك ٢: ٦٥، وصححه الحاكم، وقال الدارقطني: ليس في هذا حديث يصح، لكنَّ إجماع الناس على أنَّه لا يجوز بيع دين بدين. ينظر: تلخيص الحبير ٣: ٢٦، وغيرها.

(٣) لأنّ المُسلَّمَ فيه مبيع، والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز، ولرأس المال شبه بالمبيع، فلا يجوز التصرف قبل القبض، ففي التولية تمليكه بعوض، وفي الشركة تمليك بعضه بعوض، فلا يجوز، كما في الوقاية ص٥٥٧، ومجمع الأنهر ٢: ١٠٣.

(٤) صورة الشركة: أن يقول رب السلم لآخر: أعطني نصف رأس المال؛ ليكون نصف المُسَلَّم فيه لك، كما في شرح الوقاية ص٥٥٧.

(٥) صورة التولية: أن يقول رب السلم لآخر: أعطني مثل ما أعطيت للمُسلَّم إليه

ويصحّ السَّلَمُ في الثّياب إذا سَمَّى طولاً وعرضاً ورقعة، ولا يجوز السَّلَمُ في الجواهر ولا في الخَرَز، ولا بأس بالسلم باللَّبِن والآجر إذا سَمَّى مِلْبَناً معلوماً، وكلُّ ما أَمكن ضبطُ صفتِه ومعرفةُ مقدارِه جاز السَّلَمُ فيه، ويجوز بيعُ الكلب والفهد والسباع، ولا يجوز بيع الخمر والخنزير

المنقول قبل القبض.

(**ويصحّ السَّلَمُ في الثّياب إذا سَمَّى طولاً وعرضاً ورقعة**)؛ لأنَّ القيمةَ تختلف باختلاف هذه الأوصاف، فلا بُدّ من ذكرها لنفي الجهالة.

(**ولا يجوز السَّلَمُ في الجواهر ولا في الخَرَز**)؛ لفحش التفاوت فيها.

(**ولا بأس بالسلم باللَّبِن والآجر إذا سَمَّى مِلْبَناً معلوماً**)؛ لأنَّه معدودٌ يمكن ضبط صفته: كالبيض والجوز، (**وكلُّ ما أَمكن ضبطُ صفتِه ومعرفةُ مقدارِه جاز السَّلَمُ فيه**)؛ لانتفاء الجهالة.

(**وما لا يضبط صفته ولا يُعرف مقداره، لا يجوز السَّلَم فيه**)؛ للجهالة، وأنَّها مفسدة للعقد.

(**ويجوز بيعُ الكلب والفهد والسباع**) المعلّمة؛ لأنَّها منتفع بها[1].

(**ولا يجوز بيع الخمر والخنزير**)؛ لأنَّهما مُحرّمان، وذلك يقتضي حرمة الانتفاع، وقال ﷺ في الخمر: «إنَّ الذي حرَّم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها»[2].

حتى يكون المُسَلَّم فيه لك، كما في شرح الوقاية ص٥٥٧.

(١) وعند أبي يوسفَ ﷺ: لا يجوزُ بيعُ الكلبِ العقورِ، وعند الشَّافِعيّ ﷺ: لا يجوزُ بيعُ الكلبِ أصلاً؛ بناءً على أنَّه نَجِسُ العينِ عنده، أما اقتناءُ الكلبِ للصَّيدِ أو لحفظِ الزرع، أو المواشي، أو البيوتِ فجائزٌ بالإجماع، كما في كمال الدراية ق٤٢٦.

(٢) فعن عبد الرحمن بن وعلة ﷺ: (أنَّه سأل ابن عباس ﷺ عمّا يعصر من العنب؟ فقال

(ولا يجوز بيع دود القَزّ إلاّ أن يكون مع القَزّ[1]، ولا النحل إلا مع الكُوارات[2])[3]؛ لأنَّه لا ينتفع بها ولا بجزء منها، وإنَّما جاز بيعُها تبعاً للقَزّ والكُوارات، كبيع الشرب والطريق.

ابن عباس رضي الله عنهما: إنَّ رجلاً أهدىٰ لرسول الله ﷺ رَاوِيَةَ ـ قربة ـ خمر، فقال له رسول الله ﷺ: هل علمت أنَّ الله قد حرَّمها؟ قال: لا، فَسَارَّ إنساناً، فقال له رسول الله ﷺ: بم سَارَرْتَهُ؟ فقال: أمرته ببيعها، فقال: إنَّ الذي حرَّمَ شربَها حرَّم بيعها، ففتح المزاد حتىٰ ذهب ما فيها) في صحيح مسلم ٣: ١٢٠٦، وفي لفظ: (إنَّ الذي حرّم شربها، حرم بيعها، وأكل ثمنها) في آثار أبي يوسف ٣: ٣٧، ومسند أبي عوانة ١١: ٤٥، ومسند أحمد ١: ٢٤٤، وقال الأرنؤوط: «صحيح، وهذا إسناد حسن».

(١) قال في الخلاصة: «وفي بيع دود القز الفتوىٰ علىٰ قول محمد رضي الله عنه: أنَّه يجوز، وأما بيع بزر القز فجائز عندهما، وعليه الفتوىٰ»، وكذا قال الصدر الشهيد في واقعاته، وتبعه النسفي، وكذلك قال في المحيط، كما في التصحيح ٢٣٣، وفي الرمز ٢: ٢٦، ومجمع الأنهر ٢: ٥٨ ، والدر المنتقىٰ ٢: ٥٨، والملتقىٰ ص١٤٤: الفتوىٰ علىٰ قول محمد رضي الله عنه.

(٢) الكُّوارة: بالضَّمِ والتَّشْدِيدِ: مَعْسَلُ النَّحلِ إذا سُوِّي من طينٍ، وهذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رضي الله عنهما، فينبغي أن يكونَ البيعُ باطلاً عندهما؛ لعدمِ المالِ المُتَقَوَّمِ، وعندَ مُحَمَّدٍ والشَّافِعيّ رضي الله عنهما: يجوزُ إذا كان محرزاً، والفتوىٰ علىٰ قول محمد رضي الله عنه، كما في الدر المختار ٤: ١١١، ورمز الحقائق ٢: ٢٥، ومجمع الأنهر ٢: ٥٨، والدر المنتقىٰ ٢: ٥٨، وغيرها.

(٣) لأنَّه ليس بمنتفع به فلم يكن مالاً بنفسه، بل بما يحدث منه، وهو معدومٌ، حتىٰ لو باعه مع الكوارة وفيها عسل يجوز بيعه؛ تبعاً للعسل، ويجوز أن لا يكون الشيء محلاً للبيع بنفسه مفرداً، ويكون محلاً للبيع مع غيره، كالشرب، كما في البدائع ٥: ١٤٤.

وأهلُ الذمَّةِ في البياعات كالمسلمين إلاّ في الخمر والخنزير خاصّة، فإنَّ عقدَهم على الخمر كعقدِ المسلمِ على العصير، وعقدُهم على الخنزيرِ كعقدِ المسلم على الشاة.

بابُ الصرف:

وقال مُحمّد والشَّافِعيّ ﷺ: يجوز؛ لأنَّه منتفعٌ به في الجملة؛ لكنّا نقول: الانتفاع بعينه لا يتصوّر، وإنَّما الانتفاع بما يتولَّدُ عنهما، وذلك قد يكون وقد لا يكون.

(**وأهلُ الذمَّةِ في البياعات كالمسلمين**[1] **إلاّ في الخمر والخنزير خاصّة، فإنَّ عقدَهم على الخمر كعقدِ المسلمِ على العصير، وعقدُهم على الخنزيرِ كعقدِ المسلم على الشاة**)؛ لأنَّهما مالان في حقِّهم، وقال عمر ﷺ لعماله: «وَلوهم ببيعها، وخذوا نصف العشر من أثمانها»[2] بخلاف المُسْلم؛ لأنَّه ممنوع منهما.

بابُ الصرف

---

(١) أي: يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين، ويمتنع عليهم ما يمتنع علينا؛ لأنَّهم مكلّفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتها، وقد التزموا أحكامنا بالإقامة في دارنا وإعطاء الجزية، فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم، ولا سلم في حيوان، ولا نسيئة في صرف، وكذا كلّ ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين، كما في فتح القدير ٧: ١٢٢.

(٢) فعن سويد بن غفلة ﷺ قال: «بلغ عمر بن الخطاب ﷺ أنَّ عمالَه يأخذون الجزية من الخمر، فناشدهم ثلاثاً، فقال بلال ﷺ: إنَّهم ليفعلون ذلك، قال: فلا تفعلوا، ولكن ولوهم بيعها، فإنَّ اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها» في مصنف ابن عبد الرزاق ٦: ٢٣.

الصرفُ: هو البيعُ إذا كان كلُّ واحدٍ من عوضيه من جنس الأثمان، فإن باعَ فضّةً بفضّة أو ذهباً بذهب لم يجز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفا في الجودةِ والصِّياغة، ولا بُدّ من قبضِ العوضين قبل الافتراقِ عن المجلس

(**الصرفُ: هو البيعُ إذا كان كلُّ واحدٍ من عوضيه من جنس الأثمان**)[1]؛ لما ذكرنا أنَّه نوعُ بيع اختصّ باسم لاختصاصه بحكم، (**فإن باعَ فضّةً بفضّة أو ذهباً بذهب لم يجز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفا في الجودةِ والصِّياغة**)؛ لعموم قوله ﷺ: «الذهب بالذهب مِثلاً بِمثل»[2].

(**ولا بُدّ من قبضِ العوضين قبل الافتراقِ عن المجلس**)؛ عملاً بما ينبئ عنه اللفظ، ولقوله ﷺ: «يداً بيد هاء وهاء»[3].

---

(١) الصرف: وهو بيع الثمن بالثمن جنساً بجنس أو بغير جنس، ويكون في بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، وأحد الجنسين بالآخر، كما في الوقاية ص٥٦٥، وتبيين الحقائق ٤: ١٣٥، والبدائع ٥: ٢١٥.

(٢) فعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال ﷺ: (الذهب بالذهب والفضة بالفضة...مِثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد...) في صحيح مسلم ٣: ١٢١١، وعن أبي سعيد الخُدْرِي رضي الله عنه، قال ﷺ: (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثلاً بمثل، ولا تشفّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالوَرِق إلا مِثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز) في صحيح البخاري ٢: ٧٦١، وصحيح مسلم ٣: ١٢٠٨، وعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال عمر رضي الله عنه: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثلاً بمثل، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالوَرِق إلا مِثلاً بمثل، ولا تبيعوا الوَرِقَ بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره، إني أخاف عليكم الربا»في الموطأ٢: ٦٣٤.

(٣) فعن مالك بن أوس رضي الله عنه أنَّه قال: (أقبلت أقول مَن يصطرف الدراهم، فقال طلحة بن عبيد الله وهو عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أرنا ذهبك ثم ائتنا إذا جاء خادمنا نعطك

وإن باع الذَّهبَ بالفضّةِ جاز التفاضل فيه ووَجَب التَّقابض، فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد

(**وإن باع الذَّهبَ بالفضّةِ جاز التفاضل فيه ووَجَب التَّقابض**)؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف النوعان، فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد»[1].

(**فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد**)؛ لتخلّف شرط الصحّة.

وَرِقَكَ، فقال عمر بن الخطاب: كلا والله لتعطيه وَرِقَهُ أو لتردنّ إليه ذهبه، فإنَّ رسول الله ﷺ قال: الوَرِق بالذهب رباً إلا هاء وهاء...) في صحيح مسلم ٣: ١٢٠٩، وسنن الترمذي ٣: ٥٤٥، وأصله: هاك؛ بمعنى خذ، فأبدلت الكاف همزة، والمعنى: أن يقول كل مِن المتعاقدين لصاحبه: خذ، فيتقابضا في المجلس، والحديث دليل على اشتراط التقابض في مجلس الصرف وإن اختلف جنس البدلين، كما في تكملة فتح الملهم ١: ٥٩١، وعن أبي المنهال ﵁، قال: (باع شريك لي ورقاً بنسيئة إلى الحجّ، فجاء إليّ فأخبرني، فقلت: هذا أمر لا يصلح، قال: قد بعته في السُّوق فلم ينكر ذلك عليّ أحد، فأتيت البراء بن عازب ﵁ فسألته، فقال: قدم النبي ﷺ المدينة ونحن نبيع هذا البيع، فقال: ما كان يداً بيد فلا بأس به، وما كان نسيئةً فهو رباً، وائت زيد بن أرقم ﵁فإنّه أعظم تجارة مِنّي، فأتيته، فسألته فقال: مثل ذلك) في صحيح مسلم ٣: ١٢١٢، قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٤: ٣٨٣: «وفي الحديث ما كان عليه الصحابة ﵃ مِن التواضع، وإنصاف بعضهم بعضاً، ومعرفة أحدهم حق الآخر، واستظهار العالِم في الفتيا بنظيره في العلم». وعن البراء وزيد بن أرقم ﵄: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الوَرِق بالذهب ديناً) في صحيح مسلم٣: ١٢١٢.

(١) فعن عبادة بن الصامت ﵁، قال ﷺ: (فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد) في صحيح مسلم ٣: ١٢١١.

ولا يجوز التصرّف في ثمنِ الصَّرف قبل قبضِه، ويجوز بيع الذّهب بالفضّة مجازفة، وَمَن باع سَيفاً مُحَلًّى بمئة درهم وحِليتُه خمسون درهماً فدفع من ثمنه خمسين جاز البيع وكان المقبوضُ من حصّةِ الفضّة وإن لم يُبيِّن ذلك، وكذلك إن قال: خُذْ هذه الخمسين من ثمنِهما، فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحِلية، والسَّيف إذا كان لا يتخلَّص إلا بضرر، وإذا كان يتخلَّص من غير ضرر جاز البيع في السَّيف وبطل في الحِلية

(**ولا يجوز التصرّف في ثمنِ الصَّرف قبل قبضِه**)؛ لما ذكرنا أنَّ فيه إبطال حق الشرع.

(**ويجوز بيع الذّهب بالفضّة مجازفة**)؛ لأنَّه جاز متفاضلاً، فهذا أولى.

(**وَمَن باع سَيفاً مُحَلًّى بمئة درهم وحِليتُه خمسون درهماً فدفع من ثمنه خمسين جاز البيع وكان المقبوضُ من حصّةِ الفضّة وإن لم يُبيِّن ذلك**) استحساناً؛ لأنَّ قبضَ حصّة الفضّة مستحقّ عليه شرعاً فيصرف إليها.

(**وكذلك إن قال: خُذْ هذه الخمسين من ثمنِهما**)؛ لأنَّه قد يُعَبَّرُ بالمثنى عن المفرد: كقوله ﷻ: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ ۝٢٢﴾ [الرحمن: ٢٢]، وقول الحجاج: [يا حرس][١] اضربا عنقه، وفي هذا حمل تصرّف المسلم على الصحّة بقدر الممكن.

(**فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحِلية، والسَّيف إذا كان لا يتخلَّص إلا بضرر**)؛ لأنَّه يصير كبيع جذع من سقف، (**وإذا كان يتخلَّص من غير ضرر جاز البيع في السَّيف**[٢] **وبطل في الحِلية**).

---

(١) ما بين المعكوفين زيادة من جـ.

(٢) لأنَّه أمكن إفراده بالبيع، فصار كالطوق والجارية، وهذا إذا كانت الفضة المفروزة أزيد من الحلية، فإن كانت مثلها أو أقل أو لا يدري لا يجوز البيع، اللباب ١: ٢١٥.

ومَن باعَ إناءَ فضّةٍ بفضّة ثُمَّ افترقا وقد قَبَضَ بعضَ الثَّمن بطل البيع فيما لم يقبض وصَحَّ فيما قبض وكان الإناءُ مشتركاً بينهما، وإن استُحِقَّ بعضُ الإناء كان المشتري بالخيار: إن شاء أَخذَ الباقي بحصَّته وإن شاء تركه، وإن باعَ قطعة نُقْرة ثمّ استحقّ بعضُها أَخَذَ ما بَقِي بحصَّته ولا خيار له، ومَن باع درهمين وديناراً بدينارين ودرهم جاز البيع وجُعِل كلُّ واحدٍ من الجنسين بالجنسِ الآخر

لعدم التَّقابض الواجب فيها[1].

(**ومَن باعَ إناءَ فضّةٍ بفضّة ثُمَّ افترقا وقد قَبَضَ بعضَ الثَّمن بطل البيع فيما لم يقبض وصَحَّ فيما قبض وكان الإناءُ مشتركاً بينهما**)؛ لأنَّ شرطَ الصحّة وُجِدَ في البعض، وهو مما يمكن إفراده بالبيع.

(**وإن استُحِقَّ بعضُ الإناء كان المشتري بالخيار: إن شاء أَخذَ الباقي بحصَّته وإن شاء تركه**)؛ لأنَّ الشَّركةَ في الأعيانِ عيبٌ، فصار كما لو تَعَيَّبَ بعيبٍ آخر.

(**وإن باعَ قطعة نُقْرة**[2] **ثمّ استحقّ بعضُها أَخَذَ ما بَقِي بحصَّته ولا خيار له**)؛ لأنَّه لا ضررَ في كسرِها وقبضِها[3].

(**ومَن باع درهمين وديناراً بدينارين ودرهم جاز البيع وجُعِل كلُّ واحدٍ من الجنسين بالجنسِ الآخر**)؛ تصحيحاً لتصرفِهما بقدرِ الممكن[4].

---

(١) والأصل في ذلك: أنَّه متى بيع نقد مع غيره كمفضض ومزركش بنقد من جنسه، يشترط زيادة الثمن والتقابض، وإن بغير جنسه شرط التقابض فقط، كما في اللباب ١: ٢١٥.

(٢) النُّقْرة: القطعةُ المُذابة من الفضة، وقبل الذوب هي تِبْر، كما في المصباح ص٦٢١.

(٣) ولأنَّ الشَّركةَ ليستْ بعيبٍ في قطعة النُّقْرة؛ لأنَّ التَّبعيضَ لا يضرُّه، كما في شرح الوقاية ٤: ٨٠.

(٤) والأصل فيه: أنَّ العقدَ إذا كان له وجهان: أحدُهما يصحّحه، والآخرُ يفسدُه، حمل

ومَن باع أحدَ عشرَ درهماً بعشرة دراهم ودينار جاز البيع، وكانت العشرةُ بمثلها، والدينار بالدرهم، ويجوز بيعُ درهمين صحيحين ودرهم غَلَّة بدرهم صحيح ودرهمين غَلّة، وإذا كان الغالبُ على الدَّراهم الفضّة فهي فضّة، وإن كان الغالبُ على الدَّنانير الذَّهب فهي ذهب، ويعتبر فيهما من تحريم التَّفاضل ما يعتبر في الجياد

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: يقسم البدل على المبدل فيفسد، إلاّ أنَّ له وجه الصحّة فيما ذكرنا فيجب اعتباره؛ صوناً لتصرّف العاقل عن الإلغاء.

(**ومَن باع أحدَ عشرَ درهماً بعشرة دراهم ودينار جاز البيع، وكانت العشرةُ بمثلها، والدينار بالدرهم**)[1]؛ تصحيحاً لتصرّفه على ما ذكرنا، ومذهب الشَّافِعيّ ﷺ فيهما كمذهبه في الأولى.

(**ويجوز بيعُ درهمين صحيحين ودرهم غَلَّة**[2] **بدرهم صحيح ودرهمين غَلّة**)[3]، وعند الشَّافِعيّ ﷺ: لا يجوز؛ بناءً على أنَّ الجودة لا قيمة لها إذا لاقت جنسها، عندنا للحديث، وعنده لها قيمة.

(**وإذا كان الغالبُ على الدَّراهم الفضّة فهي فضّة، وإن كان الغالبُ على الدَّنانير الذَّهب فهي ذهب، ويعتبر فيهما من تحريم التَّفاضل ما يعتبر في الجياد.**

على ما يصحّحه، كما في الجوهرة ١: ٢٢٣.

(١) لأنَّ شرط البيع في الدراهم التماثل، فالظاهر أنَّه أراد به ذلك، فبقي الدرهم بالدينار، وهما جنسان، ولا يعتبر التساوي فيهما، كما في الهداية ٧: ١٤٨.

(٢) درهم غَلّة: وهو فضة رديئة يردها بيت المال ويقبلها التجار، كما في اللباب ١: ٢١٦، ورد بيت المال لها لا للزيافة، بل لأنَّها درهم مقطعة مكسّرة، تكون القطعة منها ربعاً وثمناً وأقل، وبيت المال لا يأخذ إلا العالي، كما في رد المحتار ٣: ١٤٠.

(٣) وإنَّما يجوز هذا؛ لتحقق التساوي في الوزن وسقوط اعتبار الجودة، كما في شرح الوقاية ٤: ٨١.

وإذا كان الغالبُ عليهما الغشُّ فليسا في حكمِ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ، فإذا بيعت بجنسِها متفاضِلاً جاز، فإذا اشترى بها سلعةً ثُمَّ كسدت وترك النّاسُ المعاملةَ بها قبل القبض بطل البيع عند أبي حنيفة ﷺ، وقال أبو يوسف ﷺ: يجب عليه قيمتُها يوم البيع

(**وإذا كان الغالبُ عليهما الغشُّ فليسا في حكمِ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ**)؛ وذلك لأنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ لا تخلو عن قليل غشّ، فإنَّها لا تنطبع بدونه، وهو مستهلكٌ فيها، فإذا غَلَبَ صار الحكم له؛ لأنَّ الحكمَ للغالب في الشرع، (**فإذا بيعت بجنسِها متفاضِلاً جاز**)، وتصرفُ الفضّة إلى خلاف جنسها؛ لأنَّ كُلَّ واحد منهما معتبر بنفسه.

(**فإذا اشترى بها سلعةً ثُمَّ كسدت**[1] **وترك النّاسُ المعاملةَ بها قبل القبض بطل البيع عند أبي حنيفة ﷺ**)[2]؛ لأنَّها صارت سلعةً بالكساد، والسلعُ لا تثبت في الذمّة إلا سَلَماً، ولم يقصداه.

وعندهما: لا يفسد البيع؛ لأنَّ هلاكَ الثمن لا يبطل البيع، كما لو استحقّ.

(**وقال أبو يوسف ﷺ: يجب عليه قيمتُها يوم البيع**)؛ لأنَّه التزمَ بالبيع الثمن

---

(١) حدُّ الكسادِ أن تتركَ المعاملةُ بها في جميع البلاد، وإن كان يروج في بعض البلاد لا يبطلُ البيع، لكنَّه يتعيَّبُ إذا لم تروج في بلدهم، فيتخيَّرُ البائعُ إن شاءَ أخذَه وإن شاءَ أخذَ قيمتَه، وحدُّ الانقطاعِ: أن لا يوجدَ في السُّوق، وإن كان يوجدُ في يدِ الصيارفةِ وفي البيوت، كما في رمز الحقائق ٢: ٦٦.

(٢) لأنَّ الثمنية بالاصطلاح، وما بقي فيبقى بيعاً بلا ثمن فيبطل، وإذا بطل البيع يجب ردّ المبيع إن كان قائماً، وقيمته إن كان هالكاً، كما في البيع الفاسد، كما في الهداية ٧: ١٥٥.

وقال محمد ﷺ: يجب عليه قيمتُها آخر ما تَعامل النّاس بها، ويجوز البيع بالفلوس، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم يعيّن ذلك، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يُعيِّنها، وإذا باع بالفلوسِ النَّافقة ثُمَّ كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة ﷺ، خلافاً لهما

أو القيمة.

(**وقال محمد ﷺ: يجب عليه قيمتُها آخر ما تَعامل النّاس بها**)[1]؛ لأنَّها بطلت يومئذٍ.

(**ويجوز البيع بالفلوس**): كسائر الأموال، (**فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم يعيّن ذلك**)؛ لأنَّها ثمنٌ كالدراهم، (**وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يُعيِّنها**)؛ لأنَّها صارت سلعةً، فلا بُدّ من تعيّنها.

(**وإذا باع بالفلوسِ النَّافقة ثُمَّ كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة ﷺ، خلافاً لهما**)[2] على ما ذكرنا في الدراهم من غير تفاوت.

---

(١) لأنَّه أوان الانتقال إلى القيمة، وبه يفتي، كما في الخانية والخلاصة والفتاوى الصغرى والكبرى والحقائق عن المحيط والتتمة، وعزاه في الذخيرة إلى الصدر الشهيد، وكثير من المشايخ قيد بالكساد؛ لأنَّها إذا غلت أو رخصت قبل القبض كان المبيع على حاله إجماعاً، ولا خيار لواحد منهما، ويطالب بنقد ذلك المعيار الذي كان وقت البيع، كما في الفتح ٧: ١٥٤، واللباب ١: ٢١٧.

(٢) فعند أبي يوسف ﷺ: يجب قيمتها يوم القبض، وعند محمد ﷺ: يوم الكساد، وقولُ أبي يوسفَ ﷺ أيسر للفتوى بأنَّ يومَ القبضِ يعلمُ بلا كلفة، وقولُ محمّد ﷺ أَنْظَر في حقِّ المستقرض؛ لأنَّ قيمتَها يومَ الانقطاعِ أقلّ، وكذا في حقِّ المقرض بالنظرِ إلى قولِ الإمامِ لا إلى المفتي؛ لأنَّ يومَ الكسادِ لا يعرفُ إلا بحرج، كما في مجمع الأنهر ٢: ١٢٢، ورد المحتار ٤: ٢٤٣، وغيرها.

ومَن اشترى شيئاً بنصف درهم من فلوس جاز البيع، وعليه ما يُباع بنصف درهم من الفلوس، ومَن أعطى درهماً إلى صيرفيّ، فقال: أَعطني بنصفه فلوساً، وبنصفه نصفاً إلا حَبَّة فسدَ البيع في الجميع عند أبي حنيفة ﷺ، وقالا: يجوزُ البيعُ في الفلوس وبَطَلَ فيما بقي، ولو قال: أعطني نصف درهم فلوساً ونصفاً إلا حَبَّة جاز، فكانت الفلوس ونصف درهم إلا حَبّة بدرهم

(**ومَن اشترى شيئاً بنصف درهم من فلوس جاز البيع، وعليه ما يُباع بنصف درهم من الفلوس**)؛ لأنَّه عبارة عن مقدار معلوم من الفلوس.

(**ومَن أعطى درهماً إلى صيرفيّ، فقال: أَعطني بنصفه فلوساً، وبنصفه نصفاً إلا حَبَّة فسدَ البيع في الجميع عند أبي حنيفة ﷺ**.

وقالا: يجوزُ البيعُ في الفلوس وبَطَلَ فيما بقي.

ولو قال: أعطني نصف درهم فلوساً ونصفاً إلا حَبَّة جاز) في قولهم جميعاً، (**فكانت الفلوس ونصف درهم إلا حَبّة بدرهم**)[1]؛ لما ذكرنا أنَّ نصفَ درهم فلوس عبارة عن مقدار معلوم من الفلوس، فصار كأنَّه قال: أعطني به كذا فلساً

---

(١) لأنَّه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس وبنصف درهم إلا حبة من الفضة، فيكون نصف درهم إلا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس، ولو قال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة بطل في الكل على قياس قول أبي حنيفة ﷺ، وعندهما: صحّ البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة؛ لأنَّ الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد، وعنده: يفسد، وأصل الخلاف: أنَّ العقدَ يتكرَّر عنده بتكرار اللفظ، وعندهما بتفصيل الثمن، حتى لو قال: أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبةً جاز في الفلوس، وبطل في الفضة بالإجماع، كما في التبيين ٤: ١٤٥.

....

والنِّصف إلا حبّة، فلو صرَّح به جاز، فكذا هذا هو المذكور في «الكتاب».

وقد يوجد في بعض النَّسخ على خلاف هذا، وهو غلطٌ من النَّاسخ بناءً على أنَّ الصَّفقةَ الواحدة إذا تضمَّنت الصَّحيح والفاسد تفسد جميعها عنده خلافاً لهما.

وإن قال: أعطني درهماً صغيراً وزنه نصف درهم إلا حبة وبالباقي فلوساً جاز، وكان النِّصفُ إلا حَبّة بإزاء الدِّرهم الصَّغير، والباقي بإزاء الفلوس؛ لأنَّه صريحٌ بالوجه الصَّحيح فيعتبر.

* * *

كتاب الرَّهن

الرَّهنُ: ينعقدُ بالإيجاب والقَبول، ويتمّ بالقبض، فإذا قَبَضَ المُرتَهِنُ الرَّهنَ مَحُوزاً مفرَّغاً ومميزاً تمَّ العقد فيه

كتاب الرَّهن

(**الرَّهنُ**[1]: **ينعقدُ بالإيجاب والقَبول**)؛ اعتباراً بسائر العقود، (**ويتمّ بالقبض**)[2]؛ لقوله جَلَّ جَلالُه: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، جعل القبض صفة للرهن.

(**فإذا قَبَضَ المُرْتَهِنُ الرَّهنَ مَحُوزاً**[3] **مفرَّغاً**[4] **ومميزاً**[5] **تمَّ العقد فيه**)؛ لحصول الشرط فيه.

---

(١) الرهن: وهو حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدَّين، كما في الوقاية ٥: ١٢٢.

(٢) والتخلية قبض فيه، كما في البيع، وهي: أن يضعه الراهن في موضع يتمكن المرتهن من أخذه، هذا في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رضي الله عنه: لا يثبت في المنقول إلا بالنقل؛ لأنَّه قبض موجب للضمان بمنزلة الغصب، كما في شرح الوقاية ٥: ١٢٢.

(٣) أي: مجموعاً؛ احترازٌ عن رهن الثمر على الشجر، ورهن الزرع في الأرض؛ لأنَّ المرتهن لم يجزه، كما في درر الحكام ٢: ٢٤٨.

(٤) أي: عن ملك الراهن، بأن لا يكون مشغولاً بحقّ الراهن، وهو احترازٌ عن عكسه، وهو رهن الشجر دون الثمر، ورهن الأرض دون الزرع، ورهن دار فيها متاع الراهن، كما في اللباب ١: ٢١٨، والدرر، فالمفرغُ يتعلَّقُ بالمحلّ، فيجبُ فراغُهُ عمَّا حلّ فيه كالثمر، وهو ليس بمرهونٍ سواءً كان اتّصالُهُ به خلقةً أو مجاورة، والمتميّزُ يتعلَّقُ بالحالِ في المحلّ، فيجبُ انفصالُهُ عن محلٍّ غيرِ مرهونٍ إذا كان اتِّصالُهُ به خلقة، حتى لو كان اتِّصالُهُ بالمجاورةِ لا يضرّ: كرهن المتاعِ الذي في بيتِ الراهن، كما في شرح الوقاية ٥: ١٢٢.

(٥) احترازٌ عن رهن المشاع: كرهن نصف العبد، أو الدار، غاية البيان، وهذه المعاني

وما لم يقبضه فالرَّاهنُ بالخيار: إن شاءَ سَلَّمُه إليه، وإن شاءَ رَجَعَ عن الرّهن، فإن سَلَّمَ إليه فقبضَه دَخَلَ في ضمانه

(**وما لم يقبضه فالرَّاهنُ بالخيار: إن شاءَ سَلَّمُه إليه، وإن شاءَ رَجَعَ عن الرّهن**)؛ لأنَّ العقد لَمَّا لم يَتِمّ َصار كما قبل القَبول.

(**فإن سَلَّمَ إليه فقبضَه دَخَلَ في ضمانه**)؛ لقوله ﷺ للذي ارتهن فرساً فنفق عنده: «ذهبَ حقُّك»، وفي روايةٍ: «الرَّهن بما فيه»[1]، ورُوي عن عمر وعليّ وشريح[2] ﭫ: أنَّه مضمون[3].

هي المناسبة لهذه الألفاظ، لا ما قيل: إنَّ الأولَ احترازٌ عن رهن المشاع، والثالث عن رهن ثمر على شجر دون الشجر، كما لا يخفى على أهل النظر، كما في الدرر ٢: ٢٤٨.

(١) فعن عطاء بن أبي رباح ﭬ: «أنَّ رجلاً ارتهن فرساً، فمات الفرسُ في يد المرتهن، فقال ﷺ: ذهب حقُّك»، فدلَّ هذا مِن قول رسول الله ﷺ على بطلان الدين بضياع الرهن، كما في شرح معاني الآثار ٤: ١٠٢، وعن أبي هريرة، وعن أنس ﭬ، قال رسول الله ﷺ: «الرهن بما فيه» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٦٨.

(٢) هو شُريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكِنْدِي، كان من كبار التابعين، وأدرك الجاهلية، استقضاه عمر بن الخطاب ﭬ على الكوفة، فأقام قاضياً خمساً وسبعين سنة، توفِّي سنة ثمان وسبعين، وقيل: سبع وثمانين للهجرة، وهو ابن مئة سنةٍ، وقيل: سنة اثنتين وثمانين، وقيل: ثمانين، وقيل: تسع وسبعين، وقيل: ست وسبعين. ينظر: العبر١: ٨٩، وطبقات الشيرازي ص٨٠-٨١، ووفيات الأعيان ٢: ٤٦٠-٤٦٣، ومرآة الجنان ١: ١٥٨-١٥٩، والأعلام ٣: ٢٣٦.

(٣) فعن خلاس، عن علي ﭬ قال: «إذا كان في الرهن فضل، فإن أصابته جائحة فالرهن بما فيه، فإن لم تصبه جائحة فإنَّه يرد الفضل»، وعن أبي حصين، عن شريح قال:

ولا يَصِحُّ الرَّهنُ إلاّ بدينٍ مضمون، وهو مضمونٌ بالأَقلِّ من قيمته ومن الدَّين، فإذا هلَكَ في يد المُرْتَهن

وعند الشَّافِعيّ ﵁: هو أمانةٌ يهلك من مال الرَّاهن؛ لقوله ﷺ: «لا يغلق الرَّهن من راهنه، له غُنمه، وعليه غُرمه»[1]، إلا أنّا نقول بموجبه[2]، ولا دلالة فيه على المتنازع فيه.

(**ولا يَصِحُّ الرَّهنُ إلاّ بدينٍ مضمون**)؛ لأنَّه شُرِعَ استئنافاً للدَّين، والاستئنافُ بما ليس بمضمون لغو.

(**وهو مضمونٌ بالأَقلِّ من قيمته ومن الدَّين**[3]**، فإذا هلَكَ في يد المُرْتَهن**.....

«ذهبت الرهون بما فيها» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧١-٧٣، وعن عبيد بن عمير أنَّ عمر بن الخطاب ﵁ قال في الرجل يرتهن الرهن فيضيع قال: «إن كان بأقل ردوا عليه، وإن كان بأفضل فهو أمين في الفضل» في شرح معاني الآثار ٤: ١٠٣، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧١، وسنن الدارقطني ٣: ٤٣٥.

(١) فعن أبي هريرة ﵁، قال ﷺ: (لا يغلق الرهن، له غنمه، وعليه غرمه) في صحيح ابن حبان ١٣: ٢٦٠، وسنن ابن ماجه ٢: ٨١٦، والمستدرك ٢: ٥٨، وصححه.

(٢)وفي موطأ محمد ٤: ٨٢: «عن ابن المسيب ﵁ قال ﷺ: «لا يغلق الرهن» قال محمد ﵁: وبهذا نأخذ، وتفسير قوله: «لا يغلق الرهن»: إنَّ الرَّجل كان يرهن الرهن عند الرَّجل فيقول له: إن جئتك بمالك إلى كذا وكذا، وإلا فالرهن لك بمالك، قال ﷺ: «لا يغلق الرهن ولا يكون للمرتهن بماله»، وكذلك نقول، وهو قول أبي حنيفة ﵁، وكذلك فسره مالك بن أنس ﵁».

(٣) فإن كان الدين أقل من القيمة فهو مضمون بالدين، وإن كانت القيمة أقل من الدَّين، فهو مضمون بالقيمة، فيكون من؛ للبيان، تقديره: أنَّه مضمون بما هو أقل من الآخر الذي هو القيمة تارة، والدَّين أخرى، كما في شرح الوقاية ٥: ١٢٣.

وقيمتُه والدَّين سواء صار المرتهنُ مستوفياً للدَّين حكماً، وإن كانـت قيمـةُ الـرَّهن أكثر من الدَّين فالفضلُ أمانةٌ، وإن كانت أقـلّ سَـقَطَ مـن الـدَّينِ بقـدرِها ورجـع المُرْتَهِنُ بالفضل، ولا يجوز رهـنُ المـشاع، ولا رهـنُ ثمـرةٍ عـلى رأس النَّخـل دون النَّخل، ولا زرع في الأرض دون الأرض، ولا يجوز رهن الأرض والنَّخل دونهما

وقيمتُه والدَّين سواء صار المرتهنُ مستوفياً للدَّين حكماً[1].

وإن كانت قيمةُ الرَّهن أكثر من الدَّين فالفضلُ أمانةٌ[2].

وإن كانت أقلّ سَقَطَ مـن الـدَّينِ بقـدرِها ورجـع المُـرْتَهِنُ بالفـضل)[3]؛ لأنَّ الرَّهنَ شُرِعَ لاستيفاء الدَّين، واستيفاء الألفين بالألف رباً، واستيفاءُ الألفـين مـن الألف محالٌ، فصار مضموناً على الوجه الذي ذكرنا.

(**ولا يجوز رهنُ المشاع)**؛ لأنَّه لا يُمكن قبضُه، وقياسُ الشَّافِعيّ ﵁ عليالبيع لا يصحّ؛ لأنَّ القبضَ ثمّة لا يُشترط، ويدلُّ على الفرق أيضاً: أنَّ المحلوف بعتقه جاز بيعه ولا يجوز رهنه.

(**ولا رهـنُ ثمـرةٍ عـلى رأس النَّخـل دون النَّخـل، ولا زرع في الأرض دون الأرض، ولا يجوز رهن الأرض والنَّخل دونهما)**؛ لما ذكرناه آنفاً.

---

(١) أي: لتعلق قيمة الرهن بذمته، وهي مثل دينه الذي على الـراهن، فتقاصّـا، كـما في اللباب ١: ٢٢٠.

(٢) أي: غير مضمونة ما لم يتعدّ عليها، كما في اللباب ١: ٢٢٠.

(٣) فالحاصل: أنَّ يدَ المرتهن على الرهن يـد اسـتيفاء؛ لأنَّـه وثيقـة لجانـب الاسـتيفاء؛ لتكون موصلة إليه، فيكون استيفاء من وجه، ويتقرَّب بالهلاك، فإذا كان الدين أقل من القيمة فقد استوفى الدين، والفضل أمانة، وإن كانت القيمة أقل يكـون مـستوفيا بقـدر المالية، وهي القيمة، فيرجع بالفضل، كما في شرح الوقاية ٥: ١٢٣.

ولا يصحُّ الرَّهن بالأمانات: كالودائع، والعواري، والمضاربات، ومال الشَّركة، يصحُّ الرَّهنُ برأسِ مالِ السَّلَم، وثمنِ الصَّرف، والمُسلَّمِ فيه، فإذا هَلَكَ في مجلس العقد قبل الافتراق تمّ الصَّرفُ والسَّلَم

(**ولا يصحُّ الرَّهن بالأمانات: كالودائع، والعواري، والمضاربات، ومال الشَّركة**)[1]؛ لما مَرَّ.

(**ويصحُّ الرَّهنُ برأسِ مالِ السَّلَم، وثمنِ الصَّرف، والمُسلَّمِ فيه**)؛ لأنَّها أموال مضمونة، (**فإذا هَلَكَ في مجلس العقد قبل الافتراق تمّ الصَّرفُ والسَّلَم**)[2]؛ لأنَّه صار مستوفياً حكماً[3].

---

(١) لكونها غير مضمونة، فللراهن أن يأخذه، ولو هلك في يد المرتهن قبل الطلب هلك بلا شيء، كما في اللباب ١: ٢٢١.

(٢) أي: إذا رهنَ برأسِ مالِ السلم أو ثمنِ الصرف، فإن هلكَ الرهنُ قبل الافتراقِ فالمرتهنُ قد استوفى حقَّه، وإن افترقا قبل نقدِ المرهونِ به وقبل هلاكِ المرهون بطل السَّلَم والصرف، وهذا التفصيلُ لا يتأتَّى في الرهنِ بالمُسلَّم فيه، فيصحُّ مطلقاً، فإن هلكَ الرهنُ يصيرُ مستوفياً للمسلَّم فيه، فلا يبقى السلم، كما في شرح الوقاية ٥: ١٢٧.

(٣) الرهن برأس مال السلم، فإن هلك الرهن في المجلس، وقيمته مثل رأس المال أو أكثر، فقد تم العقد بينهما؛ لأنَّه حصل مستوفياً لرأس المال؛ لأنَّ قبض الرهن قبض استيفاء؛ لأنَّه قبض مضمون، وقد تقرر الضمان بالهلاك وعلى الراهن مثله من جنسه في المالية فيتقاصان، فحصل الافتراق عن قبض رأس المال، فتم عقد السلم، وإن كانت قيمته أقل من رأس المال، تم العقد بقدره، ويبطل في الباقي؛ لأنَّه استوفى من رأس المال بقدره ، وإن لم يهلك الرَّهن حتى افترقا، بطل السلم؛ لحصول الافتراق لا عن قبض رأس المال، وعليه رد الرهن على صاحبه، وكذا هذا الحكم في بدل الصرف إذا أخذ به

وإن اتّفقا على وضع الرَّهن على يد عدلٍ جاز، وليس للراهن ولا للمرتهن أخذه منه، فإن هلك في يده هلك من ضمانِ المُرْتَهن، ويجوز رهن الدراهم، والدنانير، والمكيل، والموزون، والمعدودات، فإن رُهِنَ بجنسِها فهَلَك هَلَكَ بمثلها من الدَّين، وإن اختلفا في الجودة والصِّياغة، (ومَن كان له دَين على غيره فأخذ منه مثل دَينه فأنفقه ثُمّ عَلِمَ أنَّه كان

(**وإن اتّفقا على وضع الرَّهن على يد عدلٍ جاز**)؛ لأنَّ المرتهنَ رضي بإسقاط حقّه، (**وليس للراهن ولا للمرتهن أخذه منه**)؛ لأنَّه تَعَلَّقَ حقُّهما جميعاً به[1]، (**فإن هلك في يده هلك من ضمانِ المُرْتَهن**)؛ لأنَّ يدَه نائبةٌ عن يد المرتهن[2].

(**ويجوز رهن الدراهم، والدنانير، والمكيل، والموزون، والمعدودات**)؛ اعتباراً بسائر الأموال، (**فإن رُهِنَ بجنسِها فهَلَك هَلَكَ بمثلها من الدَّين، وإن اختلفا في الجودة والصِّياغة**)؛ لما ذكرنا أنَّ بالهلاكَ يصيرُ مستوفياً، والجودةُ في الرَّبويات لا قيمةَ لها إذا لاقت جنسها.

(**ومَن كان له دَين على غيره فأخذ منه مثل دَينه فأنفقه ثُمّ عَلِمَ أنَّه كان**

رهناً: أنَّه إن هلك الرهن قبل افتراق العاقدين بأبدانهما تم عقد الصرف؛ لأنَّه بالهلاك صار مستوفياً، وإن لم يهلك حتى افترقا بطل الصرف؛ لفوات شرط الصحة، وهو القبض، كما في السلم، كما في البدائع ٥: ٢٠٤.

(١) لأنَّ حقَّ الراهن تعلَّق في الحفظ بيده وأمانته، وحقَّ المرتهن في الاستيفاء، فلا يملك كلُّ واحد منهما إبطال حق الآخر، كما في التبيين ٦: ٨٠، ولهذا لو سلم العدل إلى أحدهما ضمن؛ لأنَّه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية، وأحدهما أجنبي عن الآخر، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي، كما في الجوهرة ١: ٢٣٠.

(٢) أي: يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة، كما في فتح القدير ١٠: ١٧٤.

زيوفاً فلا شيء له عند أبي حنيفة ﷺ، وقال أبو يوسف ومحمّد ﷺ: يردّ مثل الزُّيوف ويرجع بالجياد، ومَن رَهَنَ عبدين بألفٍ درهم فقضى حصّة أَحدهما لم يكن له أن يقبضَه حتى يؤدِّي باقي الدَّين

زيوفاً[1]) أو نبهرجةً[2] (**فلا شيء له عند أبي حنيفة ﷺ**)؛ لأنَّ حَقَّه قد وَصَلَ إليه؛ إذ الدَّراهمُ لا تخلو عن قليل زيوف، والجودة لا قيمة لها.

(**وقال أبو يوسف ومحمّد ﷺ: يردّ مثل الزُّيوف ويرجع بالجياد**)؛ اعتباراً للمعادلة[3].

(**ومَن رَهَنَ عبدين بألفٍ درهم فقضى حصّة أَحدهما لم يكن له أن يقبضَه حتى يؤدِّي باقي الدَّين**)[4]؛ لأنَّ الرَّهنَ كلَّه محبوسٌ بكلِّ جزءٍ من أجزاءِ الدَّين للوثيقة.

---

(١) وهي المغشوشةُ التي يتجوّز بها التجّار، ويردّها بيت المال، كما في رد المحتار ٣: ١٣٣.

(٢) وهي ما يرده التجار: أي المتشدد منهم، والمسهل منهم يقبلها، كما في رد المحتار ٣: ١٣٣.

(٣) قال الإسبيجابي: «وذكر في «الجامع الصغير» قول محمد ﷺ مع أبي حنيفة ﷺ، وهو الصحيح»، واعتمده النسفيّ، لكن قال فخرُ الإسلام ﷺ: «قولهما قياس وقول أبي يوسف ﷺ استحسان»، وقال في «العيون»: «ما قاله أبو يوسف ﷺ حسن وأدفع للضرر، فاخترناه للفتوى»، وقال في «المبسوط»: «وهو قول محمّد ﷺ الآخر»، كما في التصحيح ص٢٣٩-٢٤٠.

(٤) لأنَّ الرهنَ محبوسٌ بكلِّ الدين، فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه؛ مبالغة في حمله على قضاء الدين، فإن سمَّى لكلِّ واحد منهما شيئاً من المال، مثل أن يقول: رهنتهما

وإذا وَكَّلَ الـرَّاهنُ المـرتهنَ أو العـدلَ أو غيرَهمـا ببيـع الـرَّهن عنـد حلـول الـدَّين فالوكالةُ جائزةٌ، فإن شرطت الوكالة في عقدِ الرَّهن فليس للرَّاهن عزلُه عنها، وإن عزله لم ينعزل، وإن مات الـرَّاهنُ لم ينعـزل، وللمـرتهن أن يطالـبَ الـرَّاهنَ بدينـه ويحبسه به وإن كان الرَّهنُ في يدِه

(**وإذا وَكَّلَ الرَّاهنُ المرتهنَ أو العدلَ أو غيرَهما ببيع الرَّهن عند حلول الـدَّين فالوكالةُ جائزةٌ**)، كما لو وكَّلَه ببيع غير الرهن.

(**فإن شرطت الوكالة في عقدِ الرَّهن فليس للرَّاهن عزلُه عنهـا، وإن عزلـه لم ينعزل**)[1]؛ لأنَّها صارت من حقوق العقد، وقد تعلَّق حـقّ الغـير بهـا، (**وإن مـات الرَّاهنُ لم ينعزل**)؛ لما ذكرنا.

(**وللمرتهن أن يطالبَ الرَّاهنَ بدينه ويحبسه به**[2] **وإن كان الرَّهنُ في يدِه**)؛ لأنَّ الرَّهنَ وثيقةٌ فلا يمنع المطالبة كالكفالة.

بألف كلّ واحد منهما بخمسمئة، فكذلك الجواب في رواية الأصل، وهو المبسوط؛ لأنَّ العقد متحد لا يتفرق بتفريق التسمية، وفي الزيادات له أن يقبضه إذا أدىٰ خمسمئة؛ لأنَّه لا حاجة إلىٰ الاتحاد؛ لأنَّ أحد العقدين لا يصير مشروطاً في الآخر، ألا ترىٰ أنَّه لو قبـل الرهن في أحدهما جاز، كما في الجوهرة ١: ٢٣٢، وفتح القدير ١٠: ١٦٩.

(١) لأنَّها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه وحقـاً مـن حقوقـه؛ ألا ترىٰ أنَّه لزيادة الوثيقة، فيلزم بلزوم أصله، ولأنَّه تعلَّق به حـقّ المـرتهن، وفي العـزل إتواء حقه، كما في الهداية ٤: ٤٢٧.

(٢) لأنَّ حقّه باقٍ بعد الرهن، والرهنُ لزيادة الصيانة، فلا تمتنـع بـه المطالبـة، وكـذا لا يمتنع به الحبس؛ لأنَّه جزاء الظلم، وهو المماطلة، كما في التبيين ٦: ٦٦.

وليس عليه أن يُمكِّنَه من بيعه حتى يقضي دينه من ثمنه، فإن قضاه الدَّين قيل له: سَلِّم الرَّهنَ إليه، وإذا باعَ الرَّاهنُ الرَّهنَ بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف، فإن أجازه المرتهن جاز وإلا فلا، فإن قضاه الرَّاهن دينه جاز البيع

(**وليس عليه أن يُمكِّنَه من بيعه حتى يقضي دينه من ثمنه**)؛ لأنَّه يؤدِّي إلى إبطال الوثيقة[1].

(**فإن قضاه الدَّين قيل له: سَلِّم الرَّهنَ إليه**)؛ لأنَّه لم يبق له حقٌّ في إمساكه[2].

(**وإذا باعَ الرَّاهنُ الرَّهنَ بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف**)[3]؛ لتعلُّق حقّ الغير به كالوصية بجميع المال، (**فإن أجازه المرتهن جاز**)؛ لأنَّه رضي بسقوط حقّه، (**وإلا فلا، فإن قضاه الرَّاهن دينه جاز البيع**)؛ لأنَّه زال المانع.

---

(١) لأنَّ حكم الرهن الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين، وإن قضاه البعض، فله أن يحبسَ كلّ الرهن حتى يستوفي البقية؛ اعتباراً بحبس المبيع حتى يستوفي الثمن، كما في الجوهرة ١: ٢٣٣.

(٢) لأنَّه زال المانعُ من التسليم؛ لوصول الحقّ إلى مستحقّه، ثم إذا استوفى المرتهن دينَه بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع، ثم هلك الرهن في يده قبل أن يردّه إلى الراهن يهلك بالدَّين، ويجب على المرتهن ردّ ما استوفى من الدين إلى مَن استوفى منه، وهو الراهن، أو المتطوع؛ لأنَّه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق، فكان الثاني استيفاء بعد الاستيفاء فيجب ردّه، كما في الجوهرة ١: ٢٣٣.

(٣) لأنَّ الراهن عاجز عن التسليم، فإنَّ حقّ المرتهن في الحبس لازم، وإنَّما كان موقوفاً لحقّ المرتهن، فيتوقف على إجازته، وإن كان الراهن يتصرَّف في ملكه: كمَن أوصى بجميع ماله يقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث؛ لتعلق حقهم به، كما في الجوهرة ١: ٢٣٣.

وإن أعتق الرَّاهنُ عبدَ الرَّهن نفذ عتقه، فإن كان الدَّينُ حالاً طولب بأداء الدَّين، وإن كان مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد، فجعلت رهناً مكانه حتى يحلّ الدَّين، وإن كان الرّاهن مُعْسراً استسعى العبدُ في قيمتِهِ فيقضي به الدَّين

(**وإن أعتق الرَّاهنُ عبدَ الرَّهن**) بغير إذنه (**نفذ عتقه**)؛ لكونه ملكاً له، وصار كالمستأجر.

وفي قول الشَّافِعيّ ﷺ: لا ينفذ عتقه؛ اعتباراً بالبيع.

والفرق: أنَّ البيعَ يقف على قدرة التَّسليم بخلاف الإعتاق.

(**فإن كان الدَّينُ حالاً طولب بأداء الدَّين**)؛ لأنَّه لا معنى لإلزامه فيه غير الدَّين إذا كان حالاً[1]، (**وإن كان مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد، فجعلت رهناً مكانه حتى يحلّ الدَّين**)؛ لأنَّه كان يتعلَّق به حقّ المرتهن[2]، فصار الرَّاهن كالأجنبي في إتلاف الماليّة.

(**وإن كان الرّاهن مُعْسراً استسعى العبدُ في قيمتِهِ فيقضي به الدَّين**)[3]؛ لأنَّه تعذَّرَ استيفاء الضَّمان من المعسر، والعبدُ صاحبُ شرط التَّلف، وهو المحلُّ، فيضمنه عند تعذُّر تضمين صاحب السَّبب، ويرجع به العبد على مولاه.

(١) يعني: إذا كان الدينُ حالاً طالب المرتهنُ الراهنَ بعد العتق بالدين إذا كان موسراً؛ لأنَّه إذا طولبَ بالرَّهن كان له أن يأخذَه بدينه إذا كان من جنس حقّه، فيكون إيفاءً واستيفاءً، فلا فائدةَ فيه، كما في حسن الدراية ٤: ١٣٥.

(٢) لأنَّه لَّما بطل حقّ المرتهن من الوثيقة، ولا يمكن استدراك حقّه إلا بالتضمين، لزمت قيمته، فكانت رهناً مكانه، فإذا حَلَّ الدين اقتضاه بحقّه إذا كان من جنس حقّه وردّ الفضل، كما في اللباب ١: ٢٢٣.

(٣) لأنَّ حقّ المرتهن كان متعلقاً به وسُلمت له رقبته، فإذا تعذَّرَ الرجوعُ على المعتق لعسرته رجع عليه؛ لأنَّه هو المنتفع بهذا العتق، و يرجع العبد بالسعاية على مولاه إذا

وكذلك إذا استهلك الرَّاهن الرَّهن، وإن استهلكه أجنبيّ فالمرتهن هو الخصمُ في تضمينه، ويأخذ القيمة ويكون رهناً في يده، وجنايةُ الرَّاهن على الرَّهن مضمونة، وجناية المُرتَهن عليه تسقط من دينه بقدرها، وجناية الرَّهن على الرّاهن وعلى المُرتَهن وعلى مالهما هدرٌ

(**وكذلك إذا استهلك الرَّاهن الرَّهن**)؛ لأنَّه أبطل حقّ المرتهن.

(**وإن استهلكه أجنبيّ فالمرتهن هو الخصمُ في تضمينه**)؛ لأنَّ حفظَه عليه، (**ويأخذ القيمة ويكون رهناً في يده**)؛ لأنَّها قائمةٌ مقام العين.

(**وجنايةُ الرَّاهن على الرَّهن مضمونة**)؛ لأنَّه كالأجنبيّ؛ لتعلّق حقّ الغير به، (**وجناية المُرتَهن عليه تسقط من دينه بقدرها**)[1]، ورجع المُرتَهن بالفضل؛ لأنَّه مضمونٌ عليه.

(**وجناية الرَّهن على الرّاهن وعلى المُرتَهن وعلى مالهما هدرٌ**)[2].

أيسر؛ لأنَّه قضىٰ دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعاً، فيرجع عليه بما تحمل عنه، كما في التبيين ٦: ٨٦.

(١) يعني: إذا كان الضمان علىٰ صفة الدَّين، أما إذا كان من خلافه، فلا بُدّ من التراضي؛ ولأنَّه بالجناية عليه غاصب، فيضمن قيمته بالغة ما بلغت، فإذا ضمن جميع القيمة كان له المقاصّة من ذلك بقدر دينه، ويرد الفضل علىٰ الراهن، كما في الجوهرة ١: ٢٣٥.

(٢) أطلق الجواب، والمراد به جناية لا توجب القصاص، وإن كانت توجبه فمعتبرة، حتىٰ يجب عليه القصاص، أما للمرتهن فظاهر؛ لأنَّه أجنبي عنه، وكذا الولي؛ لأنَّه كالأجنبي عنه في حقّ الدم إذ لم يدخل في ملكه إلا من حيث المالية، كما في التبيين ٦: ٩٠، وقال ملا خسرو في درر الحكام ٢: ٢٥٩: «والمراد بالجناية علىٰ النفس ما يوجب المال، بأن كانت الجناية خطأ في النفس أو فيما دونها، وأمّا ما يوجب القصاص فهو

وأُجرةُ البيت الذي يحفظ فيه الرَّهن على المُرتهن، وأُجرة الرَّاعي على الرَّاهن، ونفقة الرّهن على الرَّاهن

أمّا الرَّاهن؛ فلأنَّه لا يجب له على عبده مال، وموجب الجناية المال.

وأمّا المُرتَهن؛ فلعدم الفائدة، لأنَّ موجَبها المال، ولو أوجب على الراهن يرجع هو به على المرتهن؛ لكون العبد في ضمانه، فلا فائدة في إيجابه فلا يجب، دلَّ عليه جنايته على ماله، فإنَّها هدرٌ بالاتفاق.

وقالا: جناية الرَّهن على المرتهن معتبرة، وله الخيار: إن شاء رضي بإسقاط حكم الجناية ويكون رهناً كما كان، وإن شاء طالب الرَّاهن بحكم الجناية، فإن دفع العبد يبطل الدَّين والرَّهن؛ لجواز أن يكونَ له غرضٌ في أحد الأمرين دون الآخر، فيكون فيه فائدة، بخلاف الجناية على المال؛ لأنَّه لا فائدة في اعتبارها.

(**وأُجرةُ البيت الذي يحفظ فيه الرَّهن على المُرتهن**)؛ لأنَّه مؤنة الحفظ، والحفظُ عليه، (**وأُجرة الرَّاعي على الرَّاهن**)[1]؛ لأنَّه للعلف، فصار كالطَّعام والشَّراب، إذا هو لتبقيّة الرَّهن، (**ونفقة الرّهن على الرَّاهن**).

معتبر بالإجماع، كذا في النهاية، وأما كون جنايته على الراهن هدراً؛ فلأنَّها جناية المملوك على مالكه، وهي فيما يوجب المال هدر؛ لأنَّه المستحقّ، ولا يثبت الاستحقاق له عليه، وأما كونه جنايته على المرتهن هدراً؛ فلأنَّ هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه النظير منها؛ لأنَّها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه».

(١) والأصل فيه: أنَّ ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن، سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن؛ لأنَّ العينَ باقية على ملكه، وكذا منافعه مملوكة له، فيكون أصلاً ومؤنته عليه؛ لِما أنَّه مؤنة ملكه كما في الوديعة، وذلك مثل النفقة من مأكله

(ونماؤه للرّاهن)؛ لقوله ﷺ: «له غُنمه، وعليه غُرمه»[1]، **(ويكون رهناً مع الأصل)**؛ لأنَّه تبعٌ له؛ لكونه متولَّداً منه كالنَّماء المتصل.

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: لا يدخل النَّماءُ في الرَّهن كالكسب.

والفرقُ: أنَّ الكسبَ ليس بتبع من كلِّ وجه، فإنَّه قد ينفرد من ملك الرقبة كالموصىٰ له بالغلّة يملكها، وإن لم يملك الرقبة، بخلاف الولد.

(وإن هلك هلك بغير شيء)[2]؛ لأنَّه تبعٌ كولد المبيعة قبل القبض.

ومشربه وأجرة الراعي مثله؛ لأنَّه علف البهائم، ومن هذا الجنس كسوة الرقيق، وأجرة ظئر ولد الرهن، وكري النهر، وسقي البستان، وتلقيح نخيله وجذاذه، والقيام بمصالحه، وكلّ ما كان لحفظه أو لردِّه إلىٰ يد المرتهن أو لردِّ جزء منه: كمداواة الجرح، فهو علىٰ المُرتهن مثل: أجرة الحافظ؛ لأنَّ الإمساكَ حقٌّ له، والحفظُ واجبٌ عليه، فتكون مؤنته عليه، وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن، وعن أبي يوسف ﷺ: أنَّ أجرةَ المأوىٰ علىٰ الراهن بمنزلة النفقة؛ لأنَّه سعىٰ في تبقيته، كما في التبيين ٦: ٦٨.

(١) سبق تخريجه قبل صفحات.

(٢) إنَّ نماء الرهن: كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن؛ لأنَّه متولّد من ملكه، ويكون رهناً مع الأصل؛ لأنَّه تبع له، ففي الأصل وصفان لازمان: الملك، وكونه رهناً، فيسريان إلىٰ الولد، فإن هلك الولد هلك بغير شيء؛ لأنَّ الأتباعَ لا قسط لها ممّا يقابل بالأصل إذا لم تكن مقصودة؛ لأنَّها لم تدخل تحت العقد مقصوداً؛ إذ اللفظ لم يتناولها، وإن هلك الأصل وبقي النماء، افتكه الراهن بحصّته، يقسم الدَّين علىٰ قيمة الرهن يوم القبض؛ لأنَّه مضمون بالقبض، وقيمة النماء يوم الفكاك؛ لأنَّه إنَّما صار مضموناً به، ولو هلك قبله هلك مجاناً، والتبع يقابله شيء إذا صار مقصوداً: كولد المبيع، فإنَّه يكون له

فإن هلك الأصل وبقي نماؤه افتكه الرَّاهن بحصَّته، ويقسم الدَّين على قيمة الرّهن يوم القبض، وقيمة النَّماء يوم الفكاك، فما أصاب الأصلَ سقط من الدَّين، وما أصاب النَّماء افتكه بحصته، وتجوز الزِّيادةُ في الرَّهن، ولا يجوز في الدَّين عند أبي حنيفة ومُحمّد ﷺ، ولا يصير الرَّهن

(**فإن هلك الأصل وبقي نماؤه افتكه الرَّاهن بحصَّته، ويقسم الدَّين على قيمة الرّهن يوم القبض، وقيمة النَّماء يوم الفكاك، فما أصاب الأصلَ سقط من الدَّين**) بقدره (**وما أصاب النَّماء افتكه**) الرَّاهن (**بحصّته**)؛ لأنَّ الأصلَ صار مضموناً بالقبض، والنَّماء صارت له الحصّة يوم الفكاك، فاعتبرت قيمتها حينئذٍ[1].

(**وتجوز الزِّيادةُ في الرَّهن**) استحساناً؛ لأنَّه زيادة وثيقة لا يؤدي إلى الشُّيوع، فصار كالكفيل بعد الكفيل، والقياس: أن لا يجوز، وهو قولُ زُفَر ﷺ.

(**ولا يجوز**)[2] الزِّيادة (**في الدَّين**[3] **عند أبي حنيفة ومُحمّد ﷺ، ولا يصير الرَّهن**

حصّة من الثمن إذ صار مقصوداً بالقبض، والزيادة هاهنا صارت مقصودة بالفكاك، فيخصّه شيء من الدَّين، فما أصاب الأصل يسقط من الدين بقدره؛ لأنَّه يقابله الأصل مقصوداً، وما أصاب النماء افتكه الراهن به، كما في العناية ١٠: ١٩٨.

(١) مثالُه: إذا كان الدين عشرة، وقيمة الأصل يوم القبض عشرة، وقيمة النماء يوم الفك خمسة، فثلثا العشرة حصة الأصل فيسقط، وثلث العشرة حصة النماء، فيفك به، كما في شرح الوقاية ٥: ١٤٠.

(٢) المرادُ أن لا يكون الرهنُ بها مضموناً، فأمّا الزيادة في نفسها فجائزة، وصورة المسألة: أن يرهنَ عنده عبداً يساوي ألفين بألف، ثمّ استقرض منه ألفاً أخرىٰ، علىٰ أن يكون العبدُ رهناً بهما جميعاً، فلو هلك يهلك بالألف الأولىٰ لا بالألفين، ولو قضاه ألفاً، وقال: إنَّما قضيتها عن الأولىٰ، له أن يستردّ العبد، إتقاني، كما في ردّ المحتار ٦: ٥٢٤.

(٣) والأصل: أنَّ الإلحاق بأصل العقد إنَّما يتصوّر إذا كانت الزيادة في معقود به

رهناً بهما، وإذا رَهَنَ عيناً واحدةً عند رجلين بدينٍ لكلٍّ واحدٍ منهما جاز، وجميعُها رهنٌ عند كلِّ واحدٍ منهما، فالمضمونُ على كلِّ واحدٍ منهما حصّة دينه منها وإن

رهناً بهما)؛ لأنَّه يؤدّي إلى شيوع الرَّهن على الدَّينين.

وقال أبو يوسف ﷺ: يجوز كالزِّيادة على الرَّهن[1].

والفرق: أنَّ ذلك جُوِّزَ على خلاف القياس ضرورة؛ لتصحيح تصرّفهما، ولا ضرورة هنا؛ لأنَّه أمكن تصحيح الدَّين من غير تعلُّقه بالرَّهن.

(وإذا رَهَنَ عيناً واحدةً عند رجلين بدينٍ لكلٍّ واحدٍ منهما جاز، وجميعُها رهنٌ عند كلِّ واحدٍ منهما)[2]؛ لأنَّ الرَّهنَ وثيقة، ولا تنافي فيه، ولا شيوع بخلاف الهبة من اثنين؛ لأنَّ المقصود هو الملكُ، فيؤدّي إلى الشُّيوع بالقبض لاستحالة أن يكون ملكاً لكلِّ واحد منهما.

(فالمضمونُ على كلِّ واحدٍ منهما حصّة دينه منها)[3]؛ لأنَّها مرهونة به، **(وإن**

كالثمن، أو عليه: كالمبيع، والزيادة في الدين ليست منهما، كما الدر المختار ٦: ٥٢٤، بل أصل الدين ليس منهما، قال في العناية: أما إنَّه غير معقود عليه فظاهر، وأما إنَّه ليس بمعقود به؛ فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن، بخلاف الرهن فإنَّه معقود عليه؛ لأنَّه لم يكن محبوساً قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده، كما في رد المحتار ٦: ٥٢٤.

(١) لأنَّ الدَّين بمنزلة الثمن، والزيادة في الثمن تجوز، كما في شرح الوقاية٥: ١٤٠.

(٢) لأنَّ الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه، وموجبه صيرورته محتبساً بالدين، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزؤ، فصار محبوساً بكلٍّ واحد منها، كما في الهداية ٤: ٤٢٥.

(٣) أي: من العين؛ لأنَّ عند الهلاك يصير كلُّ واحد منهما مستوفياً حصّته؛ إذ الاستيفاء ممّا يتجزأ، فكان المضمون عليه مقدار ذلك، كما في الجوهرة ٢: ٤٠٨.

قضى أحدَهما كان كلُّها رهناً في يد الآخر حتى يستوفي دينه، ومَن باع عبداً على أن يرهنَه المشتري بالثَّمن شيئاً بعينه جاز، فإن امتنعَ المشتري من تسليم الرَّهن لم يُجْبَرْ عليه، وكان البائعُ بالخيار: إن شاء رضي بترك الرَّهن، وإن شاء فَسَخَ البيع، إلاّ أنْ يَدْفَعَ المشتري الثَّمنَ حالاً، أو يدفعَ قيمةَ الرَّهن رهناً، وللمرتهنِ أن يحفظَ الرَّهنَ بنفسِهِ وزوجتِهِ وولدِهِ وخادمِهِ الذي في عيالِهِ

قضى أحدَهما) حصّةَ دينه **(كان كلُّها رهناً في يد الآخر حتى يستوفي دينه)**؛ لما ذكرنا أنَّ جميعَها رهنٌ عند كلِّ واحدٍ منهما.

(ومَن باع عبداً على أن يرهنَه المشتري بالثَّمن شيئاً بعينه جاز، فإن امتنعَ المشتري من تسليم الرَّهن لم يُجْبَرْ عليه)؛ لأنَّ الرَّهنَ تمامُه بالقبض، وكان القياسُ أن يفسدَ البيع؛ لأنَّه بيعٌ وشرطٌ، لكن جُوِّزَ استحساناً؛ لأنَّ الرَّهنَ صفةٌ للثَّمن، وهو التَّوثق، فصار كشرط الجودة.

(وكان البائعُ بالخيار: إن شاء رضي بترك الرَّهن، وإن شاء فَسَخَ البيع)؛ لأنّه وَجَدَ بحقِّه عيباً، فصار كالمشتري إن وجد بالمبيع عيباً، **(إلاّ أنْ يَدْفَعَ المشتري الثَّمنَ حالاً، أو يدفعَ قيمةَ الرَّهن رهناً)**[1]؛ لأنَّ المقصودَ قد حصل.

(وللمرتهنِ أن يحفظَ الرَّهنَ بنفسِهِ وزوجتِهِ وولدِهِ وخادمِهِ الذي في عيالِهِ)[2]؛

---

(١) لأنَّ يد الاستيفاء ثبتت على المعيّن، وهو القيمة، قيَّدَ بالمعيّن؛ لأنّه إذا لم يكن المشروط رهنه وكفالته معيّناً يفسد البيع، وقيدنا بحضور الكفيل بالمجلس؛ لأنَّه إذا كان غائباً حتى افترقا فسد البيع، كما في اللباب ١: ٢٢٦.

(٢) لأنَّ العبرةَ بالمساكنة لا بالنفقة، حتى إنَّ الزوجة لو دفعت الرهن إلى الزوج لا تضمن إن هلك مع أنَّ الزوجَ ليس في نفقتها، كما في مجمع الأنهر ٢: ٥٨٩.

وإن حفظَه بغير مَن في عياله أو أودعه ضمن، وإن تعدَّى المُرتهنُ في الرَّهن ضَمِنَه ضمانَ الغَصب بجميع قيمته

لأنَّه إنَّما يحفظ ماله عادة بهؤلاء، (**وإن حفظَه بغير مَن في عياله أو أودعه**) عند غيره (**ضَمِنَ**)؛ لأنَّ النَّاسَ يختلفون في الحفظ، والرَّاهنُ لم يرضَ بذلك.

(**وإن تعدَّى**[1] **المُرتهنُ في الرَّهن ضَمِنَه ضمانَ الغَصب بجميع قيمته**)؛ لأنَّه بالتَّعدّي صار غاصباً حكماً[2].

---

(١) أي: إن تعدى المرتهن في الرهن: كالقراءة والبيع واللبس والركوب والسكنى والاستخدام بلا إذن والسفر، ضَمِنَ كله بكل قيمته كالغصب، كما في الفلك المشحون ص ٢٧.

(٢) أما حكم انتفاع المرتهن بالمرهون، قال اللكنوي في الفلك المشحون ص ٣٦: «إنَّ ما كان مشروطاً يكره، وما لم يكن مشروطاً لا يكره، أما كراهة المشروط؛ فلحديث كون القرض الذي جر منفعة رباً، وأما عدم كراهة غير المشروط؛ فلحديث: (الظهر يُركَبُ إذا كان مرهوناً، ولبن الدَّرِّ يُشرَبُ إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يَركب ويشرب نفقته) في سنن ابن ماجه ٣: ٥٥٥، وصحيح ابن حبان ١٣: ٢٦١.

والمراد بالكراهة التحريمية، كما يفيدهم تعليلهم بأنَّه رباً، وهي المرادة من الحرمة في قول مَن تكلَّم بحرمة المشروط، فإنَّ المكروه التحريمي قريبٌ من الحرام بل كأنَّه هو، ثم المشروط أعم من أن يكون مشروطاً حقيقةً أو حكماً.

أما حقيقة، فبأن يشترط المرتهن في نفس عقد الرهن أن يأذن له الراهن بالانتفاع من الرهن على ما هو المتعارف في أكثر العوام أنَّهم إذا ارتهنوا شيئاً ودفعوا الدَين يشترطون إجازة الانتفاع، ويكتبون ذلك في صكّ الرهن، ولو لم يأذن له الراهن أو لم يكتب في الصكّ لم يدفع المرتهن الدين ولم يرتهن.

وأما حكماً، فهو ما تعارف في ديارنا أنَّهم لا يشترطون ذلك في نفس المعاملة لكنَّ

وإذا أَعار المرتهنُ الرهنَ للرَّاهن فقبضه خرجَ من ضمانِ المُـرتهن، فـإن هلـك في يـد الرَّاهن هلك بغير شيءٍ، فإذا أخذه عاد الضَّمان، وإذا مات الراهنُ باع وصيُّه الرَّهنَ وقضى الدَّين، فإن لم يكن له وصيٌّ نَصَّبَ له القاضي وَصِيّاً وأَمره ببيعِهِ

(**وإذا أَعار المرتهنُ الرهنَ للرَّاهن فقبضه خرجَ من ضمانِ المُرتهن**)؛ لأنَّـه كـان مضموناً بالقبض، وقد انتقض، (**فإن هلك في يد الرَّاهن هلـك بغـير شيءٍ**)؛ لأنَّـه تلف في مالكه فلا يلزم غيره ضمانه، (**وللمرتهن أن يـستردَّه إلى يـده**)؛ لأنَّ المـرتهنَ كالمالك في حقِّ حبسه، والرَّهنُ لم يبطل بالعارية؛ لأنَّ الاستحقاقَ تعلَّـقَ بـالقبض الأوَّل، والعارية تبرُّعٌ فكان له إبطالها، (**فإذا أخذه عاد الضَّمان**)؛ لعود سـببه، وهـو القبض.

(**وإذا مات الراهنُ باع وصيُّه الرَّهنَ وقضى الدَّين**)؛ لأنَّـه قـائمٌ مقـامَ الميِّـت، (**فإن لم يكن له وصيٌّ نَصَّبَ له القاضي وَصِـيّاً وأَمـره ببيعِـهِ**)[1]؛ إيـصالاً للحـقّ إلى مستحقّه، وللقاضي ولايـة عـلى مَـن عجـز عـن التَّـصرُّف بنفسه فـيما يرجـع إلى المصلحة.

مرادهم ومنويهم إنَّما هو الانتفاع، فلولاه لما دفع المرتهن الدين، حتى لو دفـع الـدَّين ولم يأذن له الراهن في مجلس آخر أو أذن ثم رجع من إذنه يغضب المرتهن ويريد أخذ دينـه، فالاشتراط وإن لم يكن مذكوراً في كلامهم لكنَّه عين مرامهم».

(١) أي: فعل ذلك إلى القاضي؛ لأنَّ القاضي نُصِّبَ ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجـزوا عن النظر لأنفسهم، وقد تَعَيَّنَ النظرُ في نصب الوصي؛ ليؤدي ما عليه لغيره، ويـستوفي حقوقه من غيره، كما في التبيين ٦: ٩٣.

كتاب الحجر

(**الأسبابُ الموجبةُ للحجر**[1] **ثلاثة: الصِّغر**[2]**، والرِّقّ**[3]**، والجنون**[4]): لقوله ﷺ: «رُفع القلم عن ثلاثة: عن الصَّبيّ حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النَّائم حتى ينتبه»[5]، وأمّا العبدُ فممنوع نظراً إلى المولى.

---

(١) الحَجر: هو منع نفاذ تصرّف قولي، فإنَّ الحَجر لا يتحقّق في أفعال الجوارح، فالصبي إذا أتلف مال الغير يجب الضمان، وكذا المجنون، كما في الوقاية وشرحها ٥: ٣١.

(٢) بأن يكون غير بالغ، فإن كان غيرَ مميز كان عديم العقل، وإن كان مميزاً ففعله ناقص، فالضررُ محتمل، وإذا أذن له المولى صحّ تصرّفه؛ لترجيح جانب المصلحة، كما في درر الحكام٢: ٢٧٣.

(٣) لأنَّه وإن كان فيه أهلية، لكنَّه يُحْجَرُ عليه؛ رعاية لحقّ المولى كيلا تبطل منافع عبده بإيجاره نفسه، كما في اللباب١: ٢٢٨.

(٤) فإن عدم الإفاقة كان عديم العقل كصبيّ غير مميز، وإن وجدت في بعض الأوقات كان ناقص العقل كصبي عاقل في تصرفاته، وأما المعتوه، فاختلفوا في تفسيره، وأحسن ما قيل فيه: هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلاّ أنَّه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون، كما في درر الحكام ٢: ٢٧٣.

(٥) فعن ابن عبّاس ﷺ، قال: «مَرَّ عليٌّ بن أبي طالب ﷺ بمجنونة بني فلان قد زنت أمر عمر ﷺ برجمها، فردها علي ﷺ وقال لعمر ﷺ: يا أمير المؤمنين، أترجم هذه؟ قال: نعم، قال: أوما تذكر أنَّ رسول الله ﷺ قال: (رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبيّ حتى يحتلم)؟ قال: صدقت، فخلَّى عنها»

ولا يجوز تصرُّف الصَّبيّ إلاّ بإذن وليّه، ولا العبد إلاّ بإذن سيِّده، ولا يجوز تَصَرُّفُ المجنون المغلوب بحال، ومَن باع من هؤلاءِ شيئاً أو اشتراه وهو يعقلُ البيع والشِّراء ويقصده، فالوليُّ بالخيارُ: إن شاءَ أجازه إذا كان له فيه مصلحةٌ، وإن شاء فسخَه

(**ولا يجوز تصرُّف الصَّبيّ إلاّ بإذن وليّه، ولا العبد إلاّ بإذن سيِّده**)؛ لأنَّ المنعَ كان لاحتمال الضَّرر، وبالإذن ارتفع الاحتمال، فزال المانع.

(**ولا يجوز تَصَرُّفُ المجنون المغلوب**[1] **بحال**)؛ لأنَّه لا يحتمل الصَّواب، وعند الشَّافِعيّ ﷺ: لا يجوز تصرّف الصَّبيّ بإذن وليه؛ اعتباراً بالطَّلاق والعتاق.

والفرق: أنَّ الطَّلاق والعتاق ضررٌ محض؛ لأنَّهما إزالة الملك، وأمّا المعاوضات فدائرةٌ بين النَّفع والضَّرر، وبالإذن ترجَّحت جهة النَّفع فجاز.

(**ومَن باع من هؤلاءِ**[2] **شيئاً أو اشتراه وهو يعقلُ**[3] **البيع والشِّراء ويقصده**[4]، **فالوليُّ بالخيارُ: إن شاءَ أجازه إذا كان له فيه مصلحةٌ، وإن شاء فسخَه**)؛ لأنَّ

في صحيح ابن حبان ١: ٣٥٦، وسنن أبي داود ٢: ٥٤٥.

(١) ولو أجازه الوليّ لعدم عقله، قيد بالمغلوب: أي المستغرق؛ لأنَّه إن كان يجن تارةً ويفيق أخرىٰ، فهو في حال إفاقته كالعاقل، كما في مجمع الأبحر ٢: ٤٣٨.

(٢) الإشارةُ إلىٰ الصبيّ والعبد بطريق إطلاق الجمع علىٰ ما فوق الواحد أو إلىٰ الثلاث، ويراد المجنون الذي يجنّ ويفيق؛ بدليل قوله: وهو يعقل البيع، فإنَّه كالمميز، كما في اللباب ١: ٢٢٩.

(٣) أي: يعقل العقد بأنَّ البيعَ سالبٌ للملك والشراء جالبٌ له، احترز به عن المجنون المغلوب، والصبيّ الغير المميز، كما في درر الحكام ٢: ٢٧٤.

(٤) بأن يكون غير هازل، كما في اللباب ١: ٢٢٩.

فهذه المعاني الثَّلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعـال، فالـصَّبيُّ والمجنـونُ لا تصحُّ عقودُهما، ولا إقرارُهما، ولا يقع طلاقُهما، ولا عتاقُهما، وإن أَتلفا شيئاً لزمهما ضمانُه، وأَمّا العبدُ فأقوالُه نافذةٌ في حَقِّ نفسِهِ، وغيرُ نافذةٍ في حـقِّ المـولى، فـإن أَقَـرَّ بمالٍ لزمه بعد الحريّة ولم يلزمه في الحال، فإن أَقَرَّ بحدٍّ أو قصاصٍ لزمه في الحال

عقدَهم ينعقدُ موقوفاً لاحتمال الضَّرر، فإذا أجازهم مَن له الإجـازة، فقـد تعيَّنـت جهة المصلحة، فنفذ.

(**فهذه المعاني الثَّلاثـة توجـب الحجـر في الأقـوال دون الأفعـال**)؛ لأنَّ تـأثيرَ الأقوالَ بالاعتبار الشَّرعي، وأمّا الأفعـال فـلا يقـف تأثيرهـا عـلى الاعتبـار؛ لأنَّ الفعلَ الحسيَّ لا مرد له.

(**فالصَّبيُّ والمجنونُ لا تصحُّ عقودُهما**[1]**، ولا إقرارُهما، ولا يقع طلاقُهما، ولا عتاقُهما**)؛ لأنَّها أقوالٌ، وقد أسقط الشَّرعُ اعتبارها، (**وإن أَتلفا شيئاً لزمهما ضمانُه**)؛ لوجود الإتلافِ حقيقة، وعدم افتقاره إلى القصد، كما في النَّائم إذا انقلب على مـال فأتلفه.

(**وأَمّا العبدُ فأقوالُه نافذةٌ في حَقِّ نفسِهِ**)؛ لوجـود الأهليّـة، (**وغـيرُ نافـذةٍ في حقِّ المولى**)؛ دفعاً للضَّرر عنه، (**فإن أَقَرَّ بمالٍ لزمه بعد الحريّة ولم يلزمـه في الحـال**)؛ لزوال المانع بعد الحرّية، (**فإن أَقَرَّ بحدٍّ أو قـصاصٍ لزمـه في الحـال**)؛ لأنَّـه مخـتصٌ بالإنسانيّة، وهي خالصُ حقّه.

وعند زُفَر رضي الله عنه: إقرارُ المحجور به لا يصحُّ؛ لتعلّق إتلاف المال بذلك

---

(١) المراد بالعقود ما يدور بين المنفعة والمضرّة، بخلاف الاتهاب، فإنَّه يصحّ بلا إجـازة الولي، كما في شرح الوقاية ٥: ٣١.

ويَنْفَذُ طلاقُه، وقال أبو حنيفة ﷺ: لا يحجر على السَّفيه إذا كان عــاقلاً بالغــاً حُــرّاً، وتصرُّفُه في مالِهِ جائزٌ، وإن كان مُبذراً مُفسداً يتلف ماله فيما لا غــرض لــه فيــه ولا مصلحة، إلاّ أنَّه قال: إذا بَلَغَ الغلامُ غيرَ رشيد لم يُسَلَّم إليه ماله حتى

كالإقرار بالدَّين، إلاّ أنَّ الدَّينَ خالصُ حَقِّ المولى، وهذا بخلافِهِ، فـصار كـالإقرارِ بالردّة.

(**ويَنْفَذُ طلاقُه**)؛ لقوله ﷺ: «لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطَّلاق»[1].

(**وقال أبو حنيفـة ﷺ: لا يحجـر عـلى الـسَّفيه**[2] **إذا كـان عـاقلاً بالغـاً حُـرّاً، وتصرُّفُه في مالِهِ جائزٌ.**

وإن كان مُبذراً مُفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مـصلحة)؛ لأنَّ في ذلك إبطال ولايته، (**إلاّ أنَّه قال: إذا بَلَغَ الغلامُ غيرَ رشيد لم يُسَلَّم إليه ماله حتى**

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية٥: ٣٧٦: غريب، وأخرج ابن ماجه في سـننه١: ٦٧٢ عن ابن عباس ﷺ قال: «أتى النبي ﷺ رجل، فقال: يا رسـول الله، إنَّ سـيدي زوَّجنـي أَمَتَهُ، وهو يريدُ أن يفرِّق بيني وبينها، قال: فصعد النبيُّ ﷺ المنبر، وقال: يا أيهـا النـاس، ما بال أحدكم يزوّج عبده أمته، ثمّ يريدُ أن يفرِّق بينهما، إنَّما الطلاق لِمَن أخذَ بالـساق». وابن لهيعة ضعيف، اهـ. وذكر له طرقاً أخرى.

(٢) السفه: وهو خفّةٌ تعتري الإنسانَ، فيحملُه عـلى العمـل بخـلافِ موجـبِ الـشرع والعقل، مع قيامِ العقل، وقد غلبَ في عرفِ الفقهاء على تبذيرِ المال وإتلافه على خلافِ مقتضى الشرع والعقل، مثل دفعِ ماله إلى المغنيين واللّعابين وشراء الحمامة الطيّارة بـثمنٍ غالٍ وإلقائه في البحر وإحراقه، هذه أمثلةٌ التبذير الذي هو دأبُ السفهاء، كما في الكفاية ٨: ١٩١.

يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن تصرَّفَ في ماله قبل ذلك نَفَذَ تصرُّفُه، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة سُلِّم إليه ماله، وإن لم يؤنس منه الرُّشد

يبلغ خمساً وعشرين سنة)[1]؛ لقوله ﷻ: ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وعن عمر ﷺ: «بلوغُ الأشد: خمس وعشرون سنة»[2].

(**فإن تصرَّفَ في ماله قبل ذلك نَفَذَ تصرُّفُه)**[3]؛ لوجود الأهليّة، (**فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة سُلِّم إليه ماله، وإن لم يؤنس منه الرُّشد)**؛ لأنَّ بعد ذلك لا

---

(١) إنَّ الصَّبيَّ إذا بلغَ غيرَ رشيدٍ لم يُسَلَّمْ إليه مالُهُ اتِّفاقاً، قال ﷻ: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ إلى قوله: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٥ – ٦]، فأبو حنيفةَ ﷺ قدَّر الإيناسَ بالزَّمان، وهو خمسٌ وعشرونَ سنة، فإنَّ هذا سنٌّ إذا بلغَهُ المرء يمكن أن يصيرَ جدَّاً؛ لأنَّ أدنى مدَّة البلوغ اثنا عشر حولاً، وأدنى مدَّةُ الحملِ ستَّةُ أشهر، ففي هذا المبلغ يمكنُ أن يولدَ لهُ ابنٌ، ثمَّ في ضعفِ هذا المبلغ يمكنُ أن يولدَ لابنه ابنٌ، فالظَّاهرُ أنَّ يؤنسَ منه رشدٌ ما في سنِّ خمسٍ وعشرين، فيدفعُ فيه إليه أموالَهُ، وقبلَ هذا السِّنِّ إن تصرَّفَ في ماله بيعاً أو شراءً أو نحوهما يصحُّ تصرفُهُ عند أبي حنيفة ﷺ، وقالا: لا يصحّ؛ لأنَّهُ لو صحَّ لم يكنْ مَنعُ المال عنه مفيداً، قلنا: بل يفيد؛ لأنَّ غالبَ تبذيرِ السُّفهاءِ بالهبة، فمنعُ المالِ يمنعُ الهبة، ثم بعد خمسٍ وعشرينَ سنةٍ يسلَّمُ إليه مالُهُ وإن لم يؤنسُ منهُ رشدٌ عندَ أبي حنيفة ﷺ، فإنَّ هذا السِّنَّ مظنَّةُ الرُّشد فيدورُ الحكمُ معها، كما في شرح الوقاية ٥: ٣٢-٣٣.

(٢) فعن عكرمة، في قوله ﷻ: ﴿يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [يوسف: ٢٢]، قال: «خمساً وعشرين سنة» في تفسير ابن أبي حاتم ٧: ٢١١٩.

(٣) ولا يقال: كيف يجوز تصرُّفه فيه، وهو ممنوع من قبضه؛ لأنَّ مثل ذلك لا يمتنع، ألا ترى أنَّ المبيع في يد البائع يمنع المشتري من قبضه قبل تسليم الثمن، ولو أعتقه جاز قوله، كما في الجوهرة ١: ٢٤٢.

وقالا: يحجر على السَّفيه، ويُمنعُ من التَّصرُّف في ماله، فإذا باع لم ينفذ بيعُه، فإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم، وإن أعتقَ عبداً نفذَ عتقه

ينتظر صلاحه، فلا فائدة في المنع، فكان حجراً على الحرّ، وقد ذكرنا أنَّه لا يجوز.

(**وقالا: يحجر على السَّفيه، ويُمنعُ من التَّصرُّف في ماله**)[1]، وهو قول الشَّافِعيّ ﷺ؛ لأنَّه جاهل بمصالحه كالمجنون، (**فإذا باع لم ينفذ بيعُه**)؛ لكونه محجوراً عليه، (**فإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم**)؛ نظراً له[2].

(**وإن أعتقَ عبداً نفذَ عتقه**)؛ لأنَّه مكلَّف أعتق مملوكه، وأثر الحجر في سلب الرِّضا، والرِّضا ليس بمعتبر في الطَّلاق والعتاق.

---

(١) نظراً إليه اعتباراً بالصبا، بل أولى؛ لأنَّ الثابتَ في حقِّ الصبيِّ احتمال التبذير، وفي حقِّه حقيقته؛ ولهذا منع عنه المال، ثم هو لا يفيد بدون الحجر؛ لأنَّه يُتلف بلسانه ما مُنع من يده، هداية، قال قاضي خان: والفتوى على قولهما، وقال ابن قطلوبغا: هذا صريح، وهو أقوى من الالتزام، اهـ، وقال ابنُ عابدين: ومرادُه أنَّ ما وقع في المتون من القول بعدم الحجر تصحيح بالالتزام، وما وقع في قاضي خان من التصريح بأنَّ الفتوى على قولهما تصريح بالتصحيح، فيكون هو المعتمد، اهـ. وفي حاشية الشيخ صالح ما نصّه: وقد صرَّح في كثير من المعتبرات بأنَّ الفتوى على قولهما، اهـ. وفي القهستاني عن التوضيح: أنَّه المختار، قال في المنح: وأفتى به البلخي وأبو القاسم، وجعل عليه الفتوى مولانا في بحره، اهـ، كما في اللباب ١: ٢٣١.

(٢) يعني: إذا كان الثمن قائماً في يد السفيه، وفيه ربح، أو مثل القيمة، فأما إذا ضاع الثمن في يد السفيه فلا يجيزه القاضي، كذا في المبسوط، وإنَّما قيد بالحاكم؛ لأنَّ تصرّف وصيّ أبيه عليه لا يجوز، كما في الجوهرة ١: ٢٤٢.

وكان على العبد أن يسعى في قيمته، وإن تزوَّجَ امرأة جاز نكاحُها، وإن سمَّى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها، ويبطل الفضل، وقالا فيمن بلغ غير رشيد: لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه الرُّشد، ولا يجوز تصرفه فيه، وتخرجُ الزَّكاة من مال السفيه، وينفق على أولاده وزوجته، ومَن يجب عليه نفقته من ذوي أرحامه

(**وكان على العبد أن يسعى في قيمته**)؛ لأنَّ الأصلَ أن يفسخَ تصرّف السفيه، إلاّ أنَّ العتقَ ممّا لا يقبل الفسخَ، فيسعى العبد كالمرهون.

وعن مُحمَّد ﷺ: أنَّه لا سعاية عليه؛ لعدم تعلُّق حقِّ الغير به، بخلاف المرهون، وبه أخذ الطَّحَاوي ﷺ.

(**وإن تزوَّجَ امرأة جاز نكاحُها**)؛ لما ذكرنا في العتاق، (**وإن سمَّى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها**)؛ لأنَّه حصل له عوضه، فإنَّ البضعَ متقوَّمٌ ملحق بالأموال حال الدُّخول، (**ويبطل الفضل**)؛ لأنَّه لم يحصل في مقابلة عوض.

(**وقالا فيمن بلغ غير رشيد: لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه الرُّشد، ولا يجوز تصرُّفه فيه**)، وهو قولُ الشَّافِعيّ ﷺ؛ لأنَّ الله ﷻ عَلَّق جوازَ الدَّفع إليهم بإيناس الرُّشد منهم، بقوله: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

(**وتخرجُ الزَّكاة من مال السفيه، وينفق على أولاده وزوجته، ومَن يجب عليه نفقته من ذوي أرحامه**)[1]؛ لأنَّه مُسْلمٌ مُكلَّفٌ، والسَّفه لا يوجب إسقاط الحقوق.

---

(١) لأنَّ إحياء ولده وزوجته من حوائجه، والإنفاق على ذي الرحم واجب عليه لقرابته، والسفه لا يبطل حقوق الناس، إلا أنَّ القاضي يدفع الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها؛ لأنَّه لا بد من نيته لكونها عبادة، لكن يبعث أميناً معه كي لا يصرفه في غير وجهه، وفي النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه؛ لأنَّه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته، وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر، حيث لا يلزمه المال، بل يكفر يمينه وظهاره

فإن أراد حجّة الإسلام لم يمنع منها، ولا يُسَلِّمُ القاضي النَّفقةَ إليه، ولكن يُسَلِّمُها إلى ثقةٍ من الحاجِّ حتى ينفقها عليه في طريق الحجِّ، فإن مرضَ وأوصى بوصايا في القرب وأَبواب الخير جاز ذلك في ثلثِ ماله، وبلوغ الغلام: بالاحتلام، والإحبال، والإنزال إذا وطئ، فإن لم يوجد ذلك فمتى يتمّ له ثمانية عشرة سنة عند أبي حنيفة ﷺ، وبلوغ الجارية: بالاحتلام والحيض، والحبل، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتمّ لها سبع عشرة سنة

(**فإن أراد حجّة الإسلام لم يمنع منها**)؛ لأنَّها واجبة كالصَّلاة والصَّوم، (**ولا يُسَلِّمُ القاضي النَّفقةَ إليه، ولكن يُسَلِّمُها إلى ثقةٍ من الحاجِّ حتى ينفقها عليه في طريق الحجِّ**)؛ لئلا يضيعها فيضيع بضياعها.

(**فإن مرضَ وأوصى بوصايا في القرب وأَبواب الخير جاز ذلك في ثلثِ ماله**) عندنا؛ لأنَّ الحَجْرَ كان نظراً له، والنَّظر في اعتبار وصيته في حال موته.

(**وبلوغ الغلام: بالاحتلام، والإحبال، والإنزال إذا وطئ، فإن لم يوجد ذلك فمتى يتمّ له ثمانية عشرة سنة عند أبي حنيفة ﷺ، وبلوغ الجارية: بالاحتلام والحيض، والحبل، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتمّ لها سبع عشرة سنة**).

والأصلُ في البلوغ: هو الإنزال والإحبال في الغلام، والحبلُ في الجارية دليلٌ عليه؛ لأنَّه لا يكون إلا مع الإنزال، والحيضُ لا يكون إلا ممّن تحبل.

وأما البلوغ بالسنّ، فقدَّرَ أبو حنيفة ﷺ ثمان عشرة سنة؛ احتياطاً في إجراء القلم على مَن رفع عنه بيقين، ونقصه في الجارية سنة؛ لأنَّ الغالبَ أنهنَّ يبلغن أسرع من الرِّجال.

بالصوم؛ لأنَّه ممّا يجب بفعله، فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق، ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله، كما في الهداية ٣: ٢٨٠.

(وقالا) والشَّافِعيّ ﷺ: **(إذا تمّ للغلام والجارية خمسة عشر سنة فقد بلغا)**[1]؛ لقول ابن عمر ﷺ: «عُرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد، وأنا ابن أربع عشر سنة، فردني ولم يرني بلغت، وعرضت عليه يوم الخندقوأنا ابن خمسة عشرة سنة فأجازني»[2]، إلاّ أنَّه لا حجّة لهم فيه؛ لأنَّ الإجازةَ لا تدلّ على البلوغ، بل على الحاجة إلى مَن يحمل السلاح، بدليل قول سَمُرَة ﷺ لما ردَّه رسول الله ﷺ وقبلَ غلاماً: «يا رسول الله، أجزت غلاماً ورددتني، ولو صارعني لصرعته، فقال: فدونك فصارعه، فصارعته فأجازني»[3].

---

(1) قال برهان الأئمة البرهاني: «وبه يفتى»، وقال النسفي: «ويفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة سنة»، وقال صدر الشريعة: «فإن لم يوجد الاحتلام والحيض والحبل فحتى يتم لهما خمس عشرة سنة، به يفتى»، وقال ابن ملك: «وقولهما رواية عن أبي حنيفةﷺ، وعليه الفتوى»، وقال الموصلي: «وأدنى مدّة يصدق الغلام فيها على البلوغ اثنا عشر سنة، والجارية تسع سنين، وقيل: غير ذلك، وهذا هو المختار»، كما في التصحيح ص٢٤٣.

(2) فعن ابن عمر ﷺ: (إنَّ رسول الله ﷺ عرضه ـ أي: استعرضه مع الجيش ـ يوم أحد، وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه، ثم عرضني يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة فأجازني)، قال نافع: فقدمت على عمر بن عبد العزيزﷺ، وهو خليفة، فحدَّثته هذا الحديث، فقال: «إنَّ هذا لحدّ بين الصغير والكبير، وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة»، في صحيح البخاري ٢: ٩٤٨، وصحيح مسلم ٣: ١٤٩٠.

(3) فعن أم سَمُرَة بن جندب رضي الله عنها: (مات عنها زوجها وترك ابنه سمرة، وكانت امرأة جميلة، فقدمت المدينة، فخطبت، فجعلت تقول: لا أتزوج رجلاً إلا رجلاً

وإذا راهق الغلامُ والجارية، وأَشكل أَمرهما في البُلُوغ، فقالا: قد بلغنا، فالقولُ قولُهما، وأَحكامُهما أَحكامُ البالغين، وقال أبو حنيفة ﷺ: لا أحجر في الدَّين، فإذا وَجَبَت الديون على رجل فطلب غرماؤه حبسَه والحجرَ عليه لم أحجر عليه، وإن كان له مال لم يتصرّف فيه الحاكم ولكنَّه يحبسُه أبداً حتى يبيعَه في دينه، فإن كان له دراهم ودينه دراهم قضاها القاضي بغير إذنه

(**وإذا راهق الغلامُ والجارية، وأَشكل أَمرهما في البُلُوغ، فقالا: قد بلغنا، فالقولُ قولُهما، وأَحكامُهما أَحكامُ البالغين**)؛ لأَنَّه لا يعلم ذلك إلا منهما، فجعلا أميناً فيه إذا لم يكذبه الظاهر.

(**وقال أبو حنيفة ﷺ: لا أحجر في الدَّين، فإذا وَجَبَت الديون على رجل فطلب غرماؤه حبسَه والحجرَ عليه لم أحجر عليه**[1]**، وإن كان له مال لم يتصرّف فيه الحاكم ولكنَّه يحبسُه أبداً حتى يبيعَه في دينه**)؛ لأنَّ في الحجر إبطال ولايته وحرّيته، وذلك إضراراً به، ويحبسُه؛ لأنَّ الحبسَ جزاءُ الظَّالم.

(**فإن كان له دراهم ودينه دراهم قضاها القاضي بغير إذنه**) استحساناً؛

يكفل لها بنفقة ابنها سمرة حتى يبلغ، فتزوَّجها رجلٌ من الأنصار على ذلك، وكانت معه في الأنصار، وكان النبي ﷺ يعرض غلمان الأنصار في كلّ عام، فمَن بلغ منهم بعثه، فعرضهم ذات عام فمرّ به غلام، فبعثه في البعث، وعرض عليه سمرة من بعده فردّه فقال سمرة: يا رسول الله، أجزت غلاماً ورددتني ولو صارعني لصرعته، قال: فدونك فصارعه، قال: فصرعته فأجازني في البعث) في المعجم الكبير ٧: ١٧٧، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٩٦٢١: «رواه الطبراني مرسلاً، ورجاله ثقات».

(١) لأنَّ في الحَجر إهدار أهليته، ولا يجوز لدفع ضرر خاص، أعني ضرر الدائن، كما في اللباب ١: ٢٣٣.

وإذا كان دينه دراهم باعها القاضي في دينه، وقالا: إذا طَلَبَ غرماءُ المفلس الحَجْرَ عليه حَجَرَ القاضي عليه، ومنعَه من البيعِ والتَّصرُّفِ والإقرار؛ حتى لا يضرَّ بالغُرماء، وباع ماله إن امتنعَ المفلسُ من بيعه، وقسَّمَه بين غرمائه بالحصص

لأنَّه ظلمَ صاحبَ الدَّين بالمطل، فناب القاضي منابَه في إيصال الحقّ إلى المستحقّ، كما في زوجة العنين.

(**وإذا كان دينه دراهم**)، وله دنانير، أو على ضدّ ذلك، (**باعها القاضي في دينه**)؛ لأنَّها جنس واحد من حيث الثَّمنية، ولهذا يضمّ أحدهما إلى الآخر في الزَّكاة.

(**وقالا**) والشَّافِعيّ ﵃: (**إذا طَلَبَ غرماءُ المفلس الحَجْرَ عليه حَجَرَ القاضي عليه، ومنعَه من البيعِ**[1] **والتَّصرُّفِ والإقرار؛ حتى لا يضرَّ بالغُرماء، وباع ماله إن امتنعَ المفلسُ من بيعه**[2]**، وقسَّمَه بين غرمائه بالحصص**)؛ لأنَّ النَّبيّ ﷺ حَجَر على معاذ ﵁[3].

---

(١) أي: بأن يكون البيعُ بأقلّ من ثمنِ المثل، أمّا البيعُ بثمنِ المثلِ لا يبطلُ حقّ الغرماء، والمنع لحقّهم، فلا يمنع منه، كما في عمدة الرعاية ٧: ١٠٥.

(٢) فإنَّ المفلس إن امتنع من بيع العرض والعقار وغيرها للدَّين، فللقاضي أن يبيعهما ويقضي دينه بالحصص، كما في شرح الوقاية ٥: ٣٣: أي يعطي القاضي بثمنها كل واحد من الغرماء بقدر حقه، كما في ذخيرة العقبى ص٥٤٥.

(٣) فعن كعب بن مالك ﵁: «إنَّ النبي ﷺ حَجَر على معاذ بن جبل ﵁ ماله وباعه في دَين كان عليه» في السنن الصغرى ٤: ٤٣٠، ومعرفة السنن ١٠: ٥٦، والمستدرك ٢: ٦٧، وصححه، والمعجم الأوسط ٦: ١٠٥.

فإن أَقَرَّ في حالِ الحجر بإقرارِ لزمه ذلك بعد قضاء الدُّيون، ويُنْفَقُ على المفلسِ من مالِهِ وعلى زوجته وأَولاده الصِّغار وذوي أَرحامه

وباع عمر ﷺ مالاً لأُسَيْفَع[1] في دَينه[2]؛ ولأنَّ هذا ممّا يجري فيه النِّيابة، فناب القاضي مقامه إذا امتنع هو؛ إيصالاً للحقوق إلى أهلها.

(**فإن أَقَرَّ في حالِ الحجر بإقرارِ لزمه ذلك بعد قضاء الدُّيون**)؛ لأنَّه لَمَا صار محجوراً عندهما لحقِّ الغرماء صار كالعبد.

(**ويُنْفَقُ على المفلسِ من مالِهِ وعلى زوجته وأَولاده الصِّغار وذوي أَرحامه**)[3]؛ لما مرَّ في السَّفيه.

---

(١) وهو أُسَيْفَع الجهني، صحابي جليل أدرك النبي ﷺ، كان يشتري الرواحل، فيغالي بها، ثم يسرع السّير، فيسبق الحاجّ، فأفلس، فرُفع أمره إلى عمر ﷺ. ينظر: الإصابة ١: ٣٤٣.

(٢) فعن عمر ﷺ، قال: «أيها الناس، إياكم والدَّيْن، فإنَّ أوله همٌّ وآخره حزنٌ، وإن أُسَيْفع جُهَيْنة قد رضي من دِينه وأمانته أن يُقَال: سَبَقَ الحاجَّ، فادَّانَ مُعْرِضاً فأصبح قد رِينَ به، إلاّ أني بائعٌ عليه ماله وقاسمٌ ثمنه بين غرمائه بالحصص، فمن كان له عليه دين فَلْيَغْدُ» في الموطأ ٢: ٧٧٠، ومشكل الآثار ٩: ٣٠٩، والسنن الصغرى ٤: ٤٣٢، وغيرها. فلم يُنْكِر عليه أحد من الصحابة، فكان هذا اتفاقاً منهم على أنه يُبَاع على المديون ماله. وقوله فادَّانَ مُعْرِضاً: أي استدان مُعْرِضاً: وهو الذي يعترض الناس فيستدين ما وجد، ممّن وَجَد، مهما أمكنه، ولا يبالي ممّن تبعه. وقوله: رِيْنَ: أي غلب، يُقَال: رِين بالرجل رَيناً: إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه، ومنه قوله تعالى: ﴿ كَلَّا بَلْ رَانَ عَلَىٰ قُلُوبِهِم مَّا كَانُوا يَكْسِبُونَ ﴿١٤﴾ ﴾ [المطففين: ١٤]، كما في البناية ١١: ٩٣.

(٣) لأنَّ حاجتَه الأصلية مقدمة على حقّ الغرماء، كما في اللباب ١: ٢٣٤.

وإن لم يعرف للمفلس مالٌ وطلبَ غرماؤه حبسَه وهو يقول: لا مال لي، حبَسَه الحاكمُ في كلِّ دَين لزمه بدلاً عن مالٍ حَصَلَ في يده: كثمن المبيع، وبدل القرض، وفي كلِّ دينٍ التزمه بعقدٍ: كالمهرِ والكفالة

(**وإن لم يعرف للمفلس مالٌ وطلبَ غرماؤه حبسَه وهو يقول: لا مال لي، حبَسَه الحاكمُ في كلِّ دَين لزمه بدلاً عن مالٍ حَصَلَ في يده: كثمن المبيع، وبدل القرض**)[1]؛ لأنَّ دخولَ ذلك في ملكه يدلُّ على غنائه، فكان ظالماً بالمطل، لقوله ﷺ: «مطلُ الغنيّ ظلم»[2].

(**وفي كلِّ دينٍ التزمه بعقدٍ: كالمهرِ**[3] **والكفالة**)؛ لأنَّ التزامَه ذلك دليلٌ على ثروته وقدرته على أدائه، ورُوِيَ في رواية أُخرى: أنَّه لا يُحْبَسُ في المهر، إلاّ أن تقومَ البيِّنةُ على قدرته؛ لأنَّه لا يملكُ بهذا العقد شيئاً.

---

(١) قال في النهاية: يحبس في الدرهم، وفي أقلّ منه، وفي الخجندي: يحبس في قليل الدين وكثيره إذا ظهر منه المَطْل، كما في الجوهرة ١: ٢٤٦.

(٢) فعن أبي هريرة ، قال ﷺ: (مَطلُ الغني ظلم، فإذا أُتْبِعَ أحدكم على مليءٍ فَلْيَتْبَعْ) في صحيح البخاري ٢: ٧٩٩، وصحيح مسلم ٣: ١١٩٧.

(٣) المراد بالمهر المعجَّل دون المؤجّل، فإنَّ في المؤجل القول قوله بالإجماع، أمّا إذا كان الدينُ بدلاً عن مال حصل في يده لم يُصَدَّقُ على الإعسار؛ لأنا قد عرفنا غناه به، فدعواه الإعسار دعوى زوال ما في يده، وهو معنى حادث فلا يصدَّقُ، وكذا إذا كان التزمه بعقد كالمهر المعجَّل لا يُصَدَّقُ في دعوى الإعسار فيه؛ لأنَّه قد يريد بدعواه أن يسقطَ ما التزمه، فلا يقبل، وذكر الخَصَّاف : أنَّه لا يكون بالتزويج موسراً؛ لأنَّه لم يحصل له شيء، وما سوى ذلك فالقول قوله في الإعسار؛ لأنَّ الأصل الفقر، كما في الجوهرة ١: ٢٤٦.

ولم يحبسه فيما سوى ذلك: كعوض المغصوب، وأَرش الجناية، إلا أن تقوم البيّنة بأنَّ له مالاً، وإذا حَبَسَه القاضي شهرين أو ثلاثة، سأل عن حاله، فإذا لم ينكشف له مال خَلَّى سبيله، ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس، بل يلازمونه، ولا يمنعونه من التَّصرُّف والسَّفر، ويأخذون فضل كسبه، فيقسم بينهم بالحصص

(**ولم يحبسه فيما سوى ذلك: كعوض المغصوب، وأَرش الجناية**)؛ لأنَّ الأصلَ هو الإعسار، فما لم يثبت خلافه لم يثبت ظلمه، فلا يجوز حبسه، (**إلا أن تقوم البيّنة بأنَّ له مالاً**)؛ لانتقال الأصل إلى غيره.

(**وإذا حَبَسَه القاضي شهرين أو ثلاثة**[1]**، سأل عن حاله**[2]**، فإذا لم ينكشف له مال خَلَّى سبيله**)؛ لأنَّ الظَّاهرَ ظهور المال لو كان، (**وكذلك إذا أَقام البيّنةَ أنَّه لا مال له**)؛ لأنَّه ثبتَ إعساره، وقال الله ﷻ: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

(**ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس، بل يلازمونه، ولا يمنعونه من التَّصرُّف والسَّفر، ويأخذون فضل كسبه، فيقسم بينهم بالحصص**)؛ لقوله ﷺ: «إنَّ لصاحب الحقِّ اليدَ واللسان»[3].

---

(١) أو أقل أو أكثر بحسب ما يراه الحاكم، قال في التصحيح والهداية والمحيط والجواهر والاختيار وغيرها: الصحيحُ أنَّ التقديرَ مفوَّضٌ إلى رأي القاضي؛ لاختلاف أحوال الناس فيه، كما في اللباب ١: ٢٣٥.

(٢) أي: من جيرانه العارفين به، كما في اللباب١: ٢٣٥.

(٣) فعن مكحول ﷺ، قال ﷺ: (إنَّ لصاحب الحقّ اليد واللسان) في سنن الدارقطني ٤: ٢٣٢، وعن ابن عبَّاس ﷺ، قال: (جاء رجلٌ يطلب نبيّ الله ﷺ بدينٍ أو بحقٍّ، فتكلَّم ببعض الكلام، فَهَمَّ صحابة رسول الله ﷺ به، فقال رسول الله ﷺ: مَهْ، إنَّ صاحبَ

وقالا: إذا أفلسه الحاكمُ حال بينه وبين غرمائه، إلاّ أن يقيموا البيّنة أنَّه قد حَصَلَ له مال، ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله، والفسق الأصلي والطَّارئ سواء، ومَن أفلس وعنده متاعٌ لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحبُ المتاع أسوة

(**وقالا**) والشَّافِعيّ ﷺ: (**إذا أفلسه الحاكمُ حال بينه وبين غرمائه، إلاّ أن يقيموا البيّنة أنَّه قد حَصَلَ له مال**)؛ لقوله ﷻ: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، إلاّ أنَّ الآيةَ تنفي المطالبة دون الملازمة[1].

(**ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله، والفسق الأصلي والطَّارئ سواء**)؛ لأنَّ الحجرَ شُرِع لدفع الإسراف والتبذير، والفسق ليس بتبذير.

(**ومَن أفلس وعنده متاعٌ لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحبُ المتاع أسوة**.......

الدَّين له سلطان على صاحبه حتى يقضيه) في سنن ابن ماجه ٢: ٨١٠، وعن أبي هريرة ﷺ: (إنَّ رجلاً أتى النبي ﷺ يتقاضاه، فأغلظ، فَهَمَّ به أصحابه، فقال رسول الله ﷺ: دعوه فإنَّ لصاحب الحق مقالاً، ثم قال: أعطوه سناً مثل سنه، قالوا: يا رسول الله، لا نجد إلا أمثل من سنّه، فقال: أعطوه، فإنَّ مِن خيركم أَحْسَنُكم قضاءً) في صحيح البخاري ٢: ٨٠٩، وصحيح مسلم ٣: ١٢٢٦، وغيرهما.

(١) أي: إنَّ دينه ثابت في ذمّته، وذلك يجوز متابعته، والآية توجب الإنظار إلى الميسرة، ونحن نقول به؛ لأنَّه لا يطالبه بشيء من حقِّه حتى يثبت أنَّه قد حَصَلَ له مال، وإنَّما يلازمه ليأخذ ما يحصل له من المال؛ لأنَّ المالَ عادٍ ورائحٌ، فيمكن أن يحصل له في كلِّ ساعة، وفي كلِّ لحظة، والملازمةُ لا تنافي النظرة إلى الميسرة؛ ولأنَّ وقوفَ الشهود على عدم المال لا يتحقَّق حقيقة؛ إذ العدم لا يحاط بالعلم، وإنَّما يثبت بالاستدلال على ظاهر حاله، فيمكن أن يكون له مال قد أخفاه عن الغرماء؛ لأنَّ كثيراً من الناس يتزيّون بزي الفقراء وهم أغنياء، فيلازمونه؛ لاحتمال أن يظهرَ لهم ماله، كما في التبيين ٥: ٢٠١.

للغرماء فيه)؛ لأنَّ حقَّه كان في ذمّة المشتري كسائر الدُّيون؛ ولهذا «لم يردّ رسول الله ﷺ على أحد متاعَه لَمَّا باع متاع معاذ رضي الله عنه حين طلب غرماؤه البيع حتى قام معاذ رضي الله عنه بغير شيء»[1]، مع أنَّ مَن أفلس لا يخلو من أن يكون عنده متاع ابتاعه بعينه، ولم يوف ثمنه.

ولا حجّة للشَّافِعِيِّ رضي الله عنه في قوله ﷺ: «أَيما رجلٌ أَفلس فأدرك رجلٌ متاعه بعينه، فهو أَحَقُّ به»[2]؛ لأنَّه عارضه قوله ﷺ: «إذا أفلس الرَّجلُ فوَجَدَ رجلٌ متاعَه فهو بين غرمائه»[3]، فحملنا الأَوَّل على الأمانة: كالوديعة، والعارية، والله تعالى أعلم.

---

(1) فعن ابن كعب بن مالك رضي الله عنه، قال: (كان معاذ بن جبل رضي الله عنه شاباً جميلاً سمحاً من خير شباب قومه، لا يسأل شيئاً إلا أعطاه، حتى دان عليه ديناً أغلق ماله، فكلّم رسول الله ﷺ أن يكلّم غرماءه ففعل، فلم يضعوا له شيئاً، فلو ترك لأحد بكلام أحد لترك لمعاذ رضي الله عنه بكلام رسول الله ﷺ، قال: فدعاه النبيّ ﷺ فلم يبرح أن باعَ مالَه وقسمه بين غرمائه، قال: فقام معاذ رضي الله عنه ولا مال له) في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٨٠، ودلائل النبوة ٦: ٤، والمعجم الكبير ٢٠: ٣٢، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ر٦٧٠٠: «رواه الطبراني في الكبير مرسلاً ورجاله رجال الصحيح».

(2) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: (إذا أفلس الرَّجل فوجد الرجل متاعه بعينه، فهو أحقّ به) في صحيح مسلم ٣: ١١٩٣.

(3) قريب منه حديث معاذ رضي الله عنه المذكور قبل أسطر، وعن شريح رضي الله عنه: «أنَّه كان إذا فلس رجلاً قسَّم ما بقي بين غرمائه» في مصنف ابن أبي شيبة ٤: ٥٣٦.

كتاب الإقرار

إذا أَقرَّ الحُرُّ البالغُ العاقلُ بحَقٍّ لزمه إقرارُه مجهولاً كان ما أَقَرَّ به أَو معلوماً، ويُقال له: بَيِّن المجهول، فإن قال: لفلان عليَّ شيء لزمه أن يُبَيِّنَ ما له قيمة، والقول فيه قولُه مع يمينه إن ادّعى المُقَرُّ له أكثر من ذلك، وإذا قال: له عليَّ مال فالمرجع في بيانِهِ إليه، ويُقْبَلُ قولُه في القليلِ والكثير، فإن قال: له عليَّ مالٌ عظيمٌ لم يصدق في أقل من مئتي درهم، وإن قال: له عليَّ دراهم كثيرة لم يصدَّق في أَقلّ من عشرة دراهم

كتاب الإقرار

(**إذا أَقرَّ الحُرُّ البالغُ العاقلُ بحَقٍّ لزمه إقرارُه مجهولاً كان ما أَقَرَّ به أَو معلوماً**)؛ لظهور صدقه، وثبوت ولايته، وقد يلزم الإنسان حقٌّ مجهول كبقية حساب، أو قيمة مال متلف، فيلزمه الإقرار به.

(**ويُقال له: بَيِّن المجهول**)؛ ليتمكن من استيفائه، (**فإن قال: لفلان عليَّ شيء لزمه أن يُبَيِّنَ ما له قيمة**)؛ لأنَّ ما لا قيمةَ له لا يجب في الذمّة.

(**والقول فيه قولُه مع يمينه إن ادّعى المُقَرُّ له أكثر من ذلك**)؛ لأنَّه منكر في ذلك، (**وإذا قال: له عليَّ مال فالمرجع في بيانِهِ إليه**)؛ لأنَّه المجمل، فكان البيان إليه، (**ويُقْبَلُ قولُه في القليلِ والكثير**)؛ لأنَّ اسمَ المال يُطْلَقُ على الكلّ.

(**فإن قال: له عليَّ مالٌ عظيمٌ لم يصدق في أقل من مئتي درهم**)؛ لأنَّه موصوفٌ بالعظيم، حيث يخرج به الإنسان من حدِّ الفقر إلى الغنى.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: إذا قال: مالٌ عظيم، أو حقير، فالمرجع في تفسيره إليه، ويقبل قوله فيه، وفي هذا إلغاء الصِّفة المذكورة، فلا يجوز كصفة الجودة.

(**وإن قال: له عليَّ دراهم كثيرة لم يصدَّق في أَقلّ من عشرة دراهم**)؛ لأنَّ أكثرَ

وقالا: لم يُصَدَّقُ في أَقَلَّ من مئتي درهم، وإن قال: له عليَّ دراهم فهي ثلاثة إلاّ أن يُبَيِّنَ أَكثرَ منها، وإن قال: له عَلَيَّ كذا كذا درهماً لم يصدَّق في أقلّ من أحد عشر درهماً، وإن قال: كذا وكذا درهماً لم يصدَّقُ في أَقَلّ من أَحد وعشرين درهماً

ما يوصف به الآحاد[1] عشرة دراهم عند أبي حنيفة ﷺ، فينصرف إليه.

(وقالا) والشَّافِعيّ ﷺ: (**لم يُصَدَّقُ في أَقَلَّ من مئتي درهم**)؛ لأنَّ الدراهمَ الكثيرةَ في العرف ما خرج به الإنسان من حدِّ الفقر إلى حدّ الغنى على ما ذكرنا في المال العظيم.

(**وإن قال: له عليَّ دراهم فهي ثلاثة إلاّ أن يُبَيِّنَ أَكثرَ منها**)؛ لأنَّ أقلَّ الجمع ثلاثة.

(**وإن قال: له عَلَيَّ كذا كذا درهماً لم يصدَّق في أقلّ من أحد عشر درهماً**[2].

وإن قال: كذا وكذا درهماً لم يصدَّقُ في أَقَلّ من أَحد وعشرين درهماً)؛ لأنَّ أقلّ العددين يُضاف أحدهما إلى الآخر بغير حرف العاطف أحد عشر درهماً، وبحرف العاطف أحد وعشرون درهماً، فيلزمه؛ لكونه متيقّناً فيه.

والشَّافِعيّ ﷺ يوجب في الأوّل درهماً، وفي الثاني درهمين؛ لأنَّ كذا مبهم، يتناول الدِّرهم وما فوقه وما دونه، وهذا لا يصحّ؛ لأنَّ كذا عدد مبهم كقوله: كم

---

(١) لأنَّ العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع، يقال: عشرة دراهم، ثم يقال: أحد عشر درهماً، فيكون هذا الأكثر من حيث اللفظ، فيصرف إليه، كما في الجوهرة ١: ٢٤٩، واعتمد قول الإمام النسفي والمحبوبي وصدر الشريعة، كما في التصحيح ص٤٧.

(٢) لذكره عددين مجهولين ليس بينهما حرف العطف، وأقلّ ذلك من المفسّر أحد عشر، كما في اللباب ١: ٢٣٨.

وإن قال: له عليَّ فقد أَقرَّ بدين، وإن قال: له عندي، أو قبلي، فهو إقرارٌ بأَمانةٍ في يدِهِ، وإن قال له رجلٌ: لي عليك ألف درهم، فقال له: اتزنها، أو انتقدها، أو أَجِّلني بها، أو قد قضيتكها، فهو إقرار

هكذا، ذكره الأخفش، ودرهم تفسير له، والتَّفسير يقع بواحدٍ نكرةٍ من الجنس، لا بالجميع.

(**وإن قال: له عليَّ فقد أَقرَّ بدين**)؛ لأنَّ كلمةَ: «عليَّ» كلمة إيجاب.

(**وإن قال: له عندي، أو قبلي**[1]**، فهو إقرارٌ بأَمانةٍ في يدِهِ**)؛ لأنَّ كلمةَ: «عندي» للقرب لا للإيجاب.

(**وإن قال له رجلٌ: لي عليك ألف درهم، فقال له: اتزنها، أو انتقدها، أو أَجِّلني بها**[2]**، أو قد قضيتكها**[3]**، فهو إقرار**)[4]؛ لأنَّ هاءَ الكناية ترجع إلى ما ذكره المدّعي، فكأنَّه قال: عليَّ، ثُمَّ طلب التَّأجيل، أو ادّعى القضاء، وإن لم يذكر الهاء لم

---

(١) لأنَّ كلَّ ذلك إقرارٌ بكون الشيء في يده، وذلك يتنوَّع إلى مضمون وأمانة، فيثبت أقلُّهما، وهو الأمانة، كما في اللباب ١: ٢٣٩.

(٢) التأجيل إنَّما يكون في حق واجب؛ لأنَّه للترفيه، فاقتضى ذلك أن يكون طلب التأجيل إقراراً بحق واجب، كما في فتح القدير٨: ٣٣٧.

(٣) لأنَّ القضاء يتلو الوجوب: أي يتبع الوجوب، يعني أنَّ القضاء يقضي سبق الوجوب؛ لأنَّه تسليم مثل الواجب، فلا يتصوّر بدونه، فلما ادعى قضاء الألف صار مقراً بوجوبها، كما في فتح القدير ٨: ٣٣٧.

(٤) والأصلُ فيه: أنَّ الجوابَ ينتظمُ إعادة الخطاب؛ ليفيدَ الكلام، فكلُّ ما يصلحُ جواباً ولا يصلح ابتداءً يجعلُ جواباً، وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما فإنَّه يجعل ابتداء؛ لوقوعِ الشكِّ في كونه جواباً، فلا يجعل جواباً؛ لئلا يلزمُهُ المالُ بالشكّ، فإنَّ

ومَن أقرّ بدينٍ مؤجَّلٍ فصدَّقه المُقَرُّ له في الدَّين وكذَّبه في التَّأجيل لزمه الدَّينُ حالاً، ومَن أَقَرَّ، واستثنى متّصلاً بإقرارِه صَحَّ الاستثناء ولزمه البَاقِي، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء، وإن قال: له عليَّ مئةُ درهم إلا ديناراً، أو إلاّ قفيز حنطة، لزمه مئة درهم إلا

يكن إقراراً.

(**ومَن أقرّ بدينٍ مؤجَّلٍ فصدَّقه المُقَرُّ له في الدَّين وكذَّبه في التَّأجيل لزمه الدَّينُ حالاً**)؛ لأنَّ الأصلَ في الدَّين الحلول، (**ويُستَحلفُ المُقَرُّ له في الأَجل**)[1]؛ لأنَّه منكرٌ حقّاً عليه.

(**ومَن أَقَرَّ**) بدينٍ (**واستثنى متّصلاً بإقرارِه صَحَّ الاستثناء ولزمه البَاقِي**)؛ لأنَّ الاستثناءَ تكلُّم بالباقي بعد استثناء المستثنى، كما في قوله ﷻ: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ العنكبوت: ١٤: معناه تسع مئة وخمسين عاماً، (**وسواء استثنى الأَقلّ، أو الأكثر**)؛ لوجود حدّ الاستثناء.

(**فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء**)؛ لأنَّه يكون رجوعاً، فلا يقبل بعد الإقرار.

وعند زُفَر ﷺ: لا يجوز استثناء الأكثر؛ لعدم العرف فيه، إلاّ أنَّ هذا يبطل بالنَّص، فإنَّه يجوز مع عدم العرف فيه، كذا هذا.

(**وإن قال: له عليَّ مئةُ درهم إلا ديناراً، أو إلاّ قفيز حنطة، لزمه مئة درهم إلا**

ذكرَ الضمير يصلحُ جواباً لا ابتداءً، وإن لم يذكرْه لا يصلح جواباً أو يصلح ابتداءً وجواباً فلا يكون إقراراً بالشكّ، وتمامه في التبيين٥: ٨.

(١) لأنَّه أقرَّ بحقٍّ على نفسه وادَّعى حقّاً على المقرّ له، فإقراره في حقّه حجّة، ولا تقبل دعواه بغير حجة، كما في الرمز٢: ١٥٦.

قيمة الدِّينار أوالقفيز، وإن قال: له عليَّ مئة ودرهم فالمئةُ كلّها دراهم، وإن قال: له عليَّ مئة وثوب فعليه ثوب واحد، والمرجع في تفسير المئة إليه

قيمة الدِّينار أوالقفيز) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما[1]؛ لأنَّه أَمكن تصحيح تصرّفه بهذا الطَّريق.

ووجهه: أنَّ كلَّ واحد منهما ـ أعني المستثنى والمستثنى منه ـ ما يثبت في الذمّة ثبوتاً مطلقاً، فجاز استثناء البعض من البعض، بخلاف ما لو استثنى ثوباً أو عبداً؛ لأنَّهما لا يثبتان في الذِّمّة ثبوتاً مطلقاً إلا بطريق السَّلَم في الثَّوب.

ومُحمَّد رضي الله عنه: قاس الحنطة والدِّينار على العبد والثَّوب.

والشَّافِعيّ رضي الله عنه: قاس العبد والثَّوب على الحنطة والدِّينار، والفرق ما ذكرنا.

(وإن قال: له عليَّ مئة ودرهم فالمئةُ كلّها دراهم) استحساناً؛ لأنَّ في العرف يراد به الدَّرهم؛ لأنَّهم يستثقلون في مثله إعادة لفظ الدرهم مرّتين، والقياسُ أن يجبَ درهم، ويرجع في المئة إليه، وبه قال الشَّافِعيّ رضي الله عنه؛ لأنَّ المئةَ عددٌ مبهم، ولم يجعل الدِّرهم تفسيراً له.

(وإن قال: له عليَّ مئة وثوب فعليه ثوب واحد، والمرجع في تفسير المئة إليه)؛ لأنَّه يُقال في العرف: أعطاه أو التزم له مئة وثوباً، ولا يريدون بالمئة الثِّياب، وإنَّما يريدون شيئاً من النَّقدين، فإنَّ الجمع بين الكسوة والنَّفقة معهود.

---

(١) لوجود المجانسة من وجه إذا كان مكيلاً أو موزوناً، وعند محمد رضي الله عنه: لا يصحّ في الكلّ؛ لعدم المجانسة، وعند الشَّافِعيّ رضي الله عنه: يصحّ في الكلّ للمجانسة من حيث المالية، كما في شرح الوقاية ٤: ٢٢١.

ومَن أَقَرَّ بحَقٍّ وقال: إن شاء الله تعالى متصلاً بإقرارِه لم يلزمه الإقرار، ومَن أَقَرَّ وَشَرَط الخيار لزمه الإقرار وبطل الخيار، ومَن أَقَرَّ بدارٍ واستثنى بناءَها لنفسِهِ فللمُقَرِّ له الدَّارَ والبناء

(**ومَن أَقَرَّ بحَقٍّ وقال: إن شاء الله تعالى متصلاً**[1] **بإقرارِه لم يلزمه الإقرار**)؛ لقوله ﷺ: «مَن حلف على اليمين، وقال في آخرها: إن شاء الله تعالى، فقد استثنى، ومَن استثنى فلا حنث عليه»[2].

(**ومَن أَقَرَّ وَشَرَط الخيار لزمه الإقرار وبطل الخيار**)؛ لأنَّ الإقرارَ يقتضي سابقيّة[3] الوجوب، والخيارُ يُنافيه[4].

(**ومَن أَقَرَّ بدارٍ واستثنى بناءَها لنفسِهِ فللمُقَرِّ له الدَّارَ والبناء**)[5]؛ لأنَّ اسمَ

---

(١) أي: بحيث لا يفصل بينهما كلام أجنبي، ولا يسكت بينهما سكوتاً يمكنه الكلام فيه، فأما السكوت لانقطاع نَفَسه أو صوته أو عي أو عارض من عطشه أو شيء غيرها، فلا يمنع صحة الاستثناء وثبوت حكمه، كما في تكملة فتح الملهم ص٢: ٢١٤.

(٢) فعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال ﷺ: (مَن حلف فقال: إن شاء الله، فقد استثنى) في صحيح ابن حبان ١٠: ١٨٢، وسنن الدارمي ٢: ٢٤٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٢٥، وسنن النسائي ٣: ١٤١، وقال ﷺ: (مَن حلف على يمين فقال: إن شاء الله، فقد استثنى، فلا حنث عليه) في سنن الترمذي ٤: ١٠٨، وحسّنه، وقال ﷺ: (مَن حلف فاستثنى فإن شاء رجع وإن شاء ترك غير حنث) في سنن أبي داود ٣: ٢٢٥، ومسند أبي عوانة ٤: ٥١.

(٣) في أ و ب: «سابقة».

(٤) لأنَّ الخيار للفسخ، والإقرار لا يقبله، كما في اللباب ١: ٢٤٠.

(٥) يعني: لو أقرّ بدارٍ واستثنى بناءها لنفسه، بأنَّ قال: هذه الدار لزيد، وبناؤها لنفسي،

وإن قال: بناءُ هذه الدّار لي والعَرَصةُ لفلان فهو كما قال، ومَن أَقَرَّ بتمرٍ في قَوْصَرةٍ لزمه التَّمرُ والقَوْصَرة، ومَن أقرَّ بدابّة في اصطبل لزمه الدَّابّة خاصّة

الدَّار لا يتناول البناء لفظاً، وإنَّما يدخل فيه تبعاً، فلا يصحّ استثناؤه؛ لأنَّ الاستثناءَ هو إخراج بعض ما يتناوله اللفظ.

(**وإن قال: بناءُ هذه الدّار لي والعَرَصةُ**[1] **لفلان فهو كما قال**)؛ لأنَّه يُفَرَّقُ بين المُقَرِّ به وغيره.

(**ومَن أَقَرَّ بتمرٍ في قَوْصَرةٍ**[2] **لزمه التَّمرُ والقَوْصَرة**)؛ لأنَّها تبعٌ له كما لو أَقَرَّ بدراهم في كيس.

(**ومَن أقرَّ بدابّة في اصطبل لزمه الدَّابّة خاصّة**)؛ لأنَّ الاصطبلَ يصلح ظرفاً لها ولغيرها، فلا يكون تبعاً لها.

كان الدار والبناء جميعاً للمُقَرِّ له؛ لأنَّ البناءَ دخل في لفظِ الإقرارِ بالدارِ تبعاً لا مقصوداً، فإنَّ اسمَ الدَّارِ لا يتناول البناء مقصوداً؛ لأنَّ الدارَ اسمٌ للعرَصَة، والبناء وصفٌ فيه، والوصفُ يدخل تبعاً لا قصداً، والاستثناءُ تصرّف لفظيّ، فما يتناوله اسمُ الدَّار لا يتحقَّق فيه عمل الاستثناء، فلا يصحّ؛ لأنَّ ما كان كذلك لا يصحّ استثناؤه، كما في عمدة الرعاية ٦: ٢٦٥-٢٦٦.

(١) عَرَصَةُ الدار: ساحتُها، وهي البقعةُ الواسعة التي ليس فيها بناء، وسُمِّيت ساحةُ الدَّارِ عَرَصَةً؛ لأنَّ الصبيانَ يعترصونَ فيها؛ أي يلعبون ويمرحون، كما في المصباح المنير ص٤٠٢.

(٢) القوصرة: بالتخفيف والتثقيل: وعاء التمر يتخذ من القصب، وإنَّما يُسمّى قوصرة ما دام فيها التمر، وإلا فهي زِنْبيل مبنيٌّ على عرفهم، كما في المصباح ص٥٠٤، والمغرب ص٣٨٥.

وإن قال: غَصَبْتُ ثَوْباً في منديل لزماه جميعاً، وإن قال: له عليَّ ثوبٌ في ثوبٍ لزماه، وإن قال: له عليَّ ثوبٌ في عشرة أَثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ، وقال مُحمَّد ﷺ: يلزمه أحد عشر ثوباً، ومَن أقرَّ بغصب ثوب وجاء بثوبٍ معيب فالقولُ فيه قولُه مع يمينِه، وكذلك لو أَقَرّ بدراهم غصبَها وقال: هي زيوف

(**وإن قال: غَصَبْتُ ثَوْباً في منديل لزماه جميعاً**)؛ لأنَّ المنديلَ يُعَدُّ صواناً وظرفاً له، فكان تبعاً له، فكان الغصبُ الواردُ على الأصل وارداً عليه.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ في المسائل كلِّها: لا يلزمه الظَّرف، كما في الاصطبل.

والفرق: أنَّ غصب ثوب ملفوف في منديل دون المنديل خلاف المعهود، وهو بعيدٌ جداً، بخلاف الاصطبل.

(**وإن قال: له عليَّ ثوبٌ في ثوبٍ لزماه**)؛ لأنَّ الثَّوبَ قد جُعِلَ صواناً للآخر.

(**وإن قال: له عليَّ ثوبٌ في عشرة أَثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ**)؛ لأنَّ عشرةَ أثواب لا تجعل ظرفاً لثوب واحد في العادة[1]، كما لو قال: درهمٌ في قفيز حنطةٍ، (**وقال مُحمَّد ﷺ: يلزمه أحد عشر ثوباً**)؛ لأنَّ الثَّوبَ النَّفيسَ قد يلف في عشرة أثواب لعزّته، غير أنَّ ذلك نادر، والنَّادرُ ساقط الاعتبار.

(**ومَن أقرَّ بغصب ثوب وجاء بثوبٍ معيب فالقولُ فيه قولُه مع يمينِه، وكذلك لو أَقَرّ بدراهم غصبَها وقال: هي زيوف**)؛ لأنَّ الغصبَ يرد على المعيب والزُّيوف حسب وروده على الجيد والصحيح[2].

---

(١) والممتنع عادةً كالممتنعِ حقيقةً، وتمامه في التبيين٥: ١٠.

(٢) لأنَّ الإنسانَ يغصب ما يجد ويودع ما يملك، فلا مقتضىٰ له في الجياد ولا تعامل،

بخلاف ما لو قال: له عليَّ أَلف من ثمن متاع وقال: هـي زيـوف، وقـال المُقَـرُّ لـه: جياد لزمه الجياد عند أبي حنيفة، وقالا: يُـصدَّقُ فيـه إذا وصـل كلامـه أيـضاً، وإن قال: له عَلَيَّ خمسةٌ في خمسةٍ يريدُ به الضَّربَ والحسابَ لزمه خمسة واحدة

(**بخلاف ما لو قال: له عليَّ أَلف من ثمن متاع وقال: هي زيوف، وقال المُقَـرُّ له: جياد لزمه الجياد عنـد أبي حنيفـة**)[1]؛ لأنَّ الغالـبَ في المبيعـات الجـودة؛ لأنَّهـا تقتضي السَّلامة من الجانبين.

(**وقـالا: يُـصدَّقُ فيـه إذا وصـل كلامـه أيـضاً**)؛ لأنَّ الزُّيـوفَ أحـد نـوعي الدَّراهم.

(**وإن قال: له عَلَيَّ خمسةٌ في خمسةٍ يريـدُ بـه الـضَّربَ والحـسابَ لزمـه خمـسة واحدة**)[2]؛ لأنَّ حقيقةَ الضَّرب إنَّما يتأتي فيما له مـساحة فيكثـر أجـزاءه، ولا يكثـر ذاته، فيصير كـأنَّ الـذِّراع كـان طولُـه ذراعـاً، فـصار خمـسة، وذلـك لا يتـأتى في الأعداد، فلا يصحّ فيها الضَّرب، وإنَّما يذكر ذلك فيها مجازاً، ومعناه خمسة دراهـم إذا ضمت إليها أربعة أمثالها، ولفظ: الإقرار لم يتضمَّن هذا، فلا يلزمه، وفي روايـة الحَسَن رضي الله عنه، وهو قولُ زُفَر رضي الله عنه: يلزمه خمسة وعشرون؛ لأنَّ هذا اللفظَ في العادة

فيكون بياناً للنوع، كما في اللباب ١: ٢٤١.

(١) لأنَّ هذا رجوع؛ لأنَّ مطلق العقد يقتضي الـسلامة عـن العيـب، والزيافـة عيـب، ودعوى العيب رجوع عن بعـض موجبـه، وصـار كـما إذا قـال: بعتكـه معيبـاً؛ وقـال المشتري: سليماً؛ فالقول للمشتري، كما في اللباب ١: ٢٤٣.

(٢) لأنَّ أثرَ الضرب في تكثير الأجزاء لا في تكثير المال، درر، فخمسة في خمسة يـراد بـه أنَّ كلّ درهم من الخمسة مثلاً خمسة أجزاء، كما في قرة عين الأخيار ٨: ٢٥٢.

يعبَّرُ به عن خمسة وعشرين[1].

(**فإن قال: أَردت خمسةً مع خمسةٍ لزمه عشرة**)؛ لأنَّ كلمةَ: «في» تستعمل بمعنى: «مع»؛ قال اللهُ ﷻ: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ٢٩﴾ [الفجر: ٢٩]: أي مع عبادي، فإذا نَوَى صحَّت نيّته.

(**وإن قال: له عليَّ من درهمٍ إلى عشرة لزمه تسعةٌ عند أبي حنيفة ﷺ فيلزمه الابتداءُ وما بعده وتسقط الغاية**)[2]؛ لأنَّ القياسَ أن لا يدخل الحدّ في المحدود حتى يلزمه ثمانية، كما قال زُفَر ﷺ، إلا أنّا اعتبرنا الابتداء؛ لأنَّه لا بُدّ منه للبناء

---

(١) ومثل هذه المسألة: أنت طالق واحدة في ثنتين واحدة، نوى الضرب أو لا؛ لأنَّ عملَ الضرب في تكثير الأجزاء، لا في زيادة المضروب؛ لأنَّ الغرضَ منه إزالة كسرٍ يقع عند القسمة، فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين، وتكثير أجزاء الطلّقة لا يوجب تعددها. وقال زفرٌ والحَسَنُ والأئمةُ الثلاثة ﷺ: يقع، ورجَّحه صاحبُ الفتح٤: ٢٣، وعمدةِ الرِّعاية٢: ٧٥، وإليه يميل كلام ابن عابدين في رَدّ المحتار٢: ٤٣٩.

(٢) لأنَّ الغايةَ لا تدخل في المغيا؛ لأنَّ الحدَّ يغايرُ المحدود، فهذا هو الأصل، ولكن هاهنا لا بُدَّ من إدخال الغايةِ الأولى ضرورة؛ لأنَّ الدرهمَ الثاني والثالث لا يتحقَّق بدون الأوّل، فدخلت الغايةُ الأولى ضرورةً، ولا ضرورةَ في إدخال الغاية الثانية، فأخذنا فيها بالقياس، فلا يدخل؛ لأنَّ العددَ يقتضي ابتداء، فإذا أخرجنا الأوَّل من أن يكون ابتداءً صار الثاني هو الأوّل، فيخرجُ هو أيضاً من أن يكون ابتداءً كالأوَّل، وكذا الثالثُ والرابع، فيؤدِّي إلى خروجِ الكلِّ من أن يكون واجباً فكان باطلاً، كما في التبيين٥: ١١. وفي التصحيح ص٢٤٩: «هذا أصح الأقاويل عند المحبوبي والنسفي».

وقالا: يلزمه العشرة كلُّها، وإن قال: له عليَّ أَلْفَ درهم من ثمنِ عبدٍ اشتريتُه منه ولم أَقْبِضْه فإن ذكر عبداً بعينِه قيل للمُقَرِّ له: إن شئت فسَلِّم العبد وخُذ الألف وإلاّ فلا شيء لك، وإن قال: من ثمنِ عبد ولم يعيِّنه لزمه الألف عند أبي حنيفة ﷺ، وإن قال: له عليَّ ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل قوله في

عليه، والغايةُ تارةً تدخل، وتارةً لا تدخل، كما في قوله ﷻ: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فلا يلزمه بالشَّكّ.

(**وقالا: يلزمه العشرة كلُّها**)؛ لأنَّ الغايةَ في المعدودات يرادُ بها بيان أقصى العدد، كما لو قال: كفلت عن فلان من درهم إلى عشرة، كذا هذا.

(**وإن قال: له عليَّ أَلْفَ درهم من ثمنِ عبدٍ اشتريتُه منه ولم أَقْبِضْه فإن ذكر عبداً بعينِه قيل للمُقَرِّ له: إن شئت فسَلِّم العبد وخُذ الألف وإلاّ فلا شيء لك**)؛ لأنَّ المُقِرَّ بَذَلَ الألفَ في مقابلته، فيُصَدَّقُ فيه.

(**وإن قال: من ثمنِ عبد ولم يعيِّنه لزمه الألف عند أبي حنيفة ﷺ**)[1]، ولم يقبل تفسيره؛ لأنَّه أرادَ الرُّجوعَ حيث ادّعى سقوط الثَّمن بجهالة المبيع، فلا يقبل رجوعه.

وقالا: إن وصل، فالقول قوله إنَّه لم يقبضه، وهو قول الشَّافِعيّ ﷺ؛ لأنَّ الأصلَ عدم الوجوب، فصار كما لو عَيَّن.

(**وإن قال: له عليَّ ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل قوله**[2] **في**

---

(١) واعتمد قوله البرهانيّ والنَّسفيّ وصدرُ الشريعة وأبو الفضل الموصليّ، كما في التصحيح ص٢٥٠.

(٢) أي: وصل أم فصل؛ لأنَّه رجوع، فثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً على المسلم، كما في المبسوط ١٨: ٢٢.

التَّفسير، ومَن أقرَّ لغيره بخاتم فله الحلقةُ والفصّ، وإن أقرَّ بسيف فله النَّصل والجفن والحمائل، وإن أقرّ بحَجَلة فله العيدان والكسوة، وإن قال: لحمل فلانة عليَّ ألف، فإن قال: أوصى به فلان له، أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيحٌ، وإن أبهم الإقرارَ لم يصحّ عند أبي يوسف ﷺ

التَّفسير)؛ لأنَّه قصدَ إسقاط الدَّين بإضافته إلى ما ليس بمال، فلا يُصَدَّق، وقالا: إذا أضافَ إلى جهة لا يثبتُ منها فلا يلزمه.

(**ومَن أقرَّ لغيره بخاتم فله الحلقةُ والفصّ**)[1]؛ لأنَّ اسمَ الخاتم يتناولها.

(**وإن أقرَّ بسيف فله النَّصل والجفن والحمائل**)[2]؛ لأنَّ الجفنَ والحمائلَ تبعٌ له، ولهذا يدخل في بيعه.

(**وإن أقرّ بحَجَلة**[3] **فله العيدان والكسوة**)؛ لأنَّ الاسمَ يتناولهما.

(**وإن قال: لحمل فلانة عليَّ ألف، فإن قال: أوصى به فلان له، أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيحٌ**)؛ لأنَّ الحقَّ يثبت للحمل بهذا الطريق، (**وإن أبهم الإقرارَ لم يصحّ عند أبي يوسف ﷺ**)[4]؛ لأنَّ مطلقَ الإقرار ينصرف إلى الغصب، أو إلى

(١) لأنَّه اسم لمسمّى واحد، وهو المركب من الحلقة والفصّ، ولكنَّه يتناوله بطريق التضمن، كما في البدائع٧: ٢١١.

(٢) لأنَّ اسم السيف ينطبق على الكلّ، النصل: حديدته، والجفن: غمده، والحِمائل: وهي علاقته، كما في التبيين٥: ٩.

(٣) الحَجَلَةُ: خيمة صغيرة، كما في الجوهرة ١: ٢٥٥، وفي الفتح ٨: ٣٤٢: واحدة حجال العروس: وهي بيت يزين بالثياب والأَسِرَّة والستور، صحاح، والعيدان: هي التي تبنى بها الحجلة، والكسوة التي توضع على العيدان، واسم الحجلة يتناولها، كما في اللباب ١: ٢٤٣.

(٤) وقال محمّد ﷺ: يصحّ؛ لأنَّ الإقرارَ من الحجج فيجب إعماله، وقد أمكن بالحمل

ولو أَقَرّ بحملِ جاريةٍ أَو حملِ شاةٍ لرجلٍ صَحَّ الإقرارُ ولزمُه، فإذا أَقرَّ الرَّجلُ في مرضِ موتِه بديونٍ وعليه ديونٌ في صحّتِه وديونٌ لزمته في مرضِ موتِهِ بأَسْبابٍ معلومة فدينُ الصحّة والدَّين المعروف بالأسباب مُقَدَّمٌ على ديون المرض

المداينة، فلا يتصوَّر ذلك من الحمل.

وقال مُحَمَّد والشَّافِعيّ ﷺ في قول: يصحّ، ويحمل على الوجه الذي ذكرناه؛ تصحيحاً لتصرّفه بقدر الممكن، إلاّ أنَّ الأموالَ إذا دارت بين الثُّبوت وعدمه لا تثبت بالشَّكّ.

(**ولو أَقَرّ بحملِ جاريةٍ أَو حملِ شاةٍ لرجلٍ صَحَّ الإقرارُ ولزمُه**)[1]؛ لاحتمال أنَّ مالكَ الجارية أوصى بالحَمل له ثم اشترى المقرُّ الجارية.

(**فإذا أَقرَّ الرَّجلُ في مرضِ موتِه بديونٍ وعليه ديونٌ في صحّتِه وديونٌ لزمته في مرضِ موتِهِ بأَسْبابٍ معلومة فدينُ الصحّة والدَّين المعروف بالأسباب مُقَدَّمٌ على ديون المرض**)[2].

على السبب الصالح، ولأبي يوسف ﷺ؛ لأنَّ الإقرارَ مطلقه ينصرفُ إلى الإقرار بسبب التجارة، فيصير كأنَّه صرّح به، هداية، قال في التصحيح: وفي الهداية والأسرار وشرح الإسبيجابي والاختيار والتقريب ونظم الخلافيات ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ﷺ، وذكر في النافع الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ، وذكر في الينابيع قول أبي حنيفة مع أبي يوسف، كما في اللباب ١: ٢٤٤.

(١) يعني: لو أقرَّ الرَّجلُ بالحملِ، بأن قال: حمل جاريتي هذه لفلان، أو حمل شاتي هذه لفلان، فإنَّه يصحّ؛ لأنَّ في تصحيحِهِ وجهاً وهو الوصيّة من جهةِ غيره، بأن يكون أوصى به رجل ومات، وأقرّوا بأنَّ هذا الحمل لفلان، فيحمل عليه، وإن لم يبيّن السبب، كما في كمال الدراية ق٥٨٩، والرمز٢: ١٥٧.

(٢) لأنَّه لا تهمة في ثبوت المعروف بالأسباب؛ إذ المعاين لا مردّ له مثل: بدل مال

فإذا قُضِيَت وفَضُلَ شيءٌ كان فيما أَقَرّ به في حال المرض، وإقرارُ المريض لوارثه باطلٌ إلاّ أن يُصَدِّقَه فيه بقيَّةُ الورثة

والقياسُ في هذه المسألة: أن لا يجوز إقرارُ المريض لأجنبيّ بما زاد على الثلث كالهبة؛ لأنَّه لا حقَّ له فيه بالحديث، وإنَّما جُوِّزَ ذلك استحساناً؛ لقول ابن عمر ﵁ في المريض: «إذا أقرّ بدين لوارثه لم يجز، وإن أقرّ لأجنبيّ جاز ذلك عليه في جميع تركته»(١)، ولم يعرف له مخالف.

وإنَّما يُقدَّمُ دَين الصِّحَّة؛ لأنَّه أقوى؛ إذ المريضُ محجورٌ عليه من وجه، وكذلك الدَّينُ المعروفُ بالأسباب؛ لأنَّ البيّنة حجّة في حقّ الكافّة، والمبايعةُ المعاينةُ لا سبيل إلى رفعها لاحتياجه إليها ما دام حيّاً.

والشَّافِعيّ ﵁ سوَّى بينهما كما لو ثبت بالبيّنة، إلاّ أنَّ قولَ البيّنة مقبولٌ عليه وعلى الغرماء، وقوله غيرُ مقبول في حقّ الغرماء، فافترقا.

(**فإذا قُضِيَت وفَضُلَ شيءٌ كان فيما أَقَرّ به في حال المرض**)؛ لأنَّه لم يبقَ لغرماء الصحّة حقّ، وقد قدَّمَ اللهُ ﷻ الدَّين على الميراث، بقوله ﷻ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۚ﴾ [النساء: ١١].

(**وإقرارُ المريض لوارثه باطلٌ إلاّ أن يُصَدِّقَه فيه بقيَّةُ الورثة**)(٢)؛ لحديث ابن

يملكه، أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره، أو تزوّج امرأة بمهر مثلها، وهذا الدين مثل دين الصحّة لا يقدّم أحدُهما على الآخر، كما في الجوهرة١: ٢٥٦.

(١) فعن عطاء ﵁، قال: «لا يجوز إقرار المريض» في مصنف ابن أبي شيبة ٤: ٣٣٢، قال ابن التركماني في الجوهر النقي ٦: ٨٥: «وهذا سند صحيح جليل». وعن الشَّعبيّ، عن شريح﵁: «أنَّه كان يجيز اعتراف الرَّجل عند موته بالدَّين لغير وارث، ولا يجيزه لوارث إلا ببينة» في مصنف ابن أبي شيبة ١٠: ٦٦١.

(٢) لأنَّ فيه إيثار بعض الورثة بماله بعدما تعلّق حقّ جميعهم به، فلا يجوز؛ لما فيه من

ومَن أقرّ لأجنبيّ في مرض موته، ثُمَّ قال: هو ابني ثَبَتَ نسبُه منه وبطل إقرارُه له، ولو أَقَرَّ لأَجنبيّة ثُمَّ تزوَّجها لم يبطل إقرارُه لها، ومَن طلَّقَ زوجتَه في مرضِهِ ثلاثاً، ثُمَّ أَقَرَّ لها بدين ومات فلها الأقلّ من الدَّين ومن ميراثها منه

عمر رضي الله عنه[1]، وللشَّافِعِيّ رضي الله عنه فيه قولان.

(**ومَن أقرّ لأجنبيّ في مرض موته، ثُمَّ قال: هو ابني ثَبَتَ نسبُه منه وبطل إقرارُه له، ولو أَقَرَّ لأَجنبيّة ثُمَّ تزوَّجها لم يبطل إقرارُه لها**).

والفرق بينهما: أنَّ البنوةَ تستند إلى حال الولادة، فصادف الإقرار للوارث، والزَّوجية تثبت مقصورةً على الحال، فلم يصادف الإقرار للوارث.

(**ومَن طلَّقَ زوجتَه في مرضِهِ ثلاثاً، ثُمَّ أَقَرَّ لها بدين ومات فلها الأقلّ من الدَّين ومن ميراثها منه**) [إن كان قبل انقضاء العدّة[2]، وإن كان بعد انقضاء العدّة

إبطال حقّ البقية، كالوصية له، وإنَّما تعلَّق حقُّهم به لاستغنائه عنه بعد الموت، فلا يُمكّن من إبطال حقّهم بالإقرار لورثته، كما لا يُمكّن بالوصية لهم، وهو القياس في الإقرار للأجنبي، إلا أنا تركناه؛ لأنَّه لو لم يقبل إقراره لامتنع الناس عن معاملته حذراً من إتواء أموالهم، فينسد عليه طريق التجارة والمداينة، فيحرج حرجاً عظيماً، فلا يحجر عليه في حقّه لحاجته إلى المعاملة، كما لا يحجر عليه في حقِّه من التبرع إلى الثلث؛ لحاجته إلى التقرّب إلى الله جل جلاله فيه، بخلاف الوارث؛ لأنَّ المعاملة معه نادرة؛ إذ يمكن التحرز عنه من غير حرج، فلا يؤدّي إلى سد بابها، كما في التبيين٥: ٢٦.

(١) فعن جعفر بن محمد، عن أبيه رضي الله عنه، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «لا وصية لوارث، ولا إقرار بدين» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٤١، وسنن الدارقطني ٥: ٢٦٨، وعن ابن سيرين، عن شريح، قال: «لا يجوز إقرار لوارث» في سنن الدارمي ٤: ٢٠٦٢، وسنن سعيد بن منصور ١: ١٢٥.

(٢) وينبغي التقييد بسؤالها؛ لأنَّه بغير سؤالها يكون فاراً، فلها الميراث بالغاً ما بلغ

ومَن أَقَرَّ بغلامٍ يولدُ مثلُه لمثله، وليس له نسبٌ معروفٌ أنَّه ابنُه، وصدَّقَه الغلامُ، ثَبَتَ نسبُه منه وإن كان مريضاً، ويُشاركُ الورثةَ في الميراث، ويجوز إقرارُ الرَّجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى، ويقبل إقرارُ المرأة بالوالدين والزَّوج والمولى

يلزمه كلّه منه][1]؛ لعدم التُّهمة فيه، وتمكّنها في الأكثر؛ لأنَّ الزَّوجين المتوافقين في الأخلاق قد يتفقان على ذلك توسّلاً إلى إثبات الزِّيادة.

(**ومَن أَقَرَّ بغلامٍ يولدُ مثلُه لمثله، وليس له نسبٌ معروفٌ أنَّه ابنُه، وصدَّقَه الغلامُ، ثَبَتَ نسبُه منه وإن كان مريضاً، ويُشاركُ الورثةَ في الميراث**)؛ لأنَّ النَّسبَ يثبتُ من مجهول النَّسبَ إذا لم يكذبه سنّه، وإنَّما اعتبر تصديق الغلام؛ لأنَّه في يد نفسه[2]، والنَّسبُ ليس بتصرّف في المال؛ إذ هو قد ينفك عن الإرث، فلا يردّه المرض.

(**ويجوز إقرارُ الرَّجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى**)؛ لأنَّه إقرارٌ على نفسه، وليس فيه حمل النَّسب على الغير، (**ويقبل إقرارُ المرأة بالوالدين والزَّوج والمولى**)[3]؛ لما ذكرنا.

ويبطل الإقرار، كما في اللباب ١: ٢٤٥.

(١) ما بين المعكوفين زيادة من جـ.

(٢) وشرط أن يصدقه الغلام؛ لأنَّ الحقّ له فلا يثبت بدون تصديقه إذا كان مميزاً، والكلام فيه، بخلاف ما إذا كان لا يعبّر عن نفسه، حيث لا يعتبر تصديقه؛ لأنَّه في يد غيره، كما في التبيين ٥: ٢٧.

(٣) ولا بُدّ من تصديق هؤلاء، يعني: الوالدين والولد والزوج والزوجة والمولى؛ لأنَّهم في أيدي أنفسهم، فيتوقّف نفاذ الإقرار على تصديقهم، كما اللباب ١: ٢٤٦.

ولا يُقْبَلُ بالولدِ إلاّ أن يُصَدِّقَها الزَّوجُ، أو تَشْهَدُ بولادتِها قابلةٌ، وَمَن أَقَرَّ بنسبٍ من غيرِ الوالدين والولد مثل: الأَخ والعمّ لم يُقْبَلُ إقرارُه بالنَّسب، فإن كان له وارثٌ معروفٌ قريب أو بعيد فهو أَوْلى بالميراث من القرابة، وإن لم يكن له وارثٌ، اسْتُحِقَّ المُقَرُّ له الميراث، ومَن مات أَبوه فأَقَرَّ بأَخٍ له لم يَثْبُتْ نسبُ أَخيه ويُشارِكُه في الميراث

(**ولا يُقْبَلُ بالولدِ إلاّ أن يُصَدِّقَها الزَّوجُ، أو تَشْهَدُ بولادتِها قابلةٌ**)؛ لأَنَّه إقرارٌ على الغير، وهو الزَّوج، يُحَمِّلُ النسب عليه، وقال عمر ﵁: «لا يورث حملٌ إلا ببيّنة»[1].

(**وَمَن أَقَرَّ بنسبٍ من غيرِ الوالدين والولد مثل: الأَخ والعمّ لم يُقْبَلُ إقرارُه بالنَّسب**)؛ لأَنَّه حملٌ على الغير، (**فإن كان له وارثٌ معروفٌ قريب أو بعيد فهو أَوْلى بالميراث من القرابة**)؛ لأَنَّه حقّه ثابت، فلا يبطل بمجرد قوله.

(**وإن لم يكن له وارثٌ**) معروف (**اسْتُحِقَّ المُقَرُّ له الميراث**)؛ لأَنَّ الإقرارَ ينفذ على المقرّ، فيستحقُّ عليه المال: كالوصية بالجميع عند عدم الوارث.

(**ومَن مات أَبوه فأَقَرَّ بأَخٍ له لم يَثْبُتْ نسبُ أَخيه ويُشارِكُه في الميراث**)[2]؛ لما ذكرنا أَنَّه إقرارٌ على نفسِه، والله أعلم.

---

(١) فعن شريح، قال: «كتب عمر بن الخطاب ﵁ يأمرني ألا أورث الحمل إلا ببينة» في مسند أبي حنيفة ص٢٣٢.

(٢) لأنَّ إقرارَه تضمن شيئين: حمل النسب على الغير، ولا ولاية له عليه، فلا يثبت، والاشتراك في المال، وله فيه ولاية فيثبت، كما في اللباب ١: ٢٤٦.

كتابُ الإجارة

الإجارة: عقد على المنافع بعوض، ولا تصحُّ حتى تكون المنافعُ معلومة والأجرة معلومة، وما جاز أن يكون ثمناً في البيعِ جاز أن يكون أُجرة في الإجارةِ

كتابُ الإجارة

(**الإجارة**[1]: **عقد على المنافع بعوض**)؛ تحقيقاً للتَّسمية؛ إذ لو لم يكن العوض مشروطاً لكانت عارية.

(**ولا تصحُّ حتى تكون المنافعُ معلومة والأجرة معلومة**)[2]؛ دفعاً للفساد المنشأ من الجهالة بواسطة المنازعة، (**وما جاز أن يكون ثمناً في البيعِ جاز أن يكون أُجرة في الإجارةِ**)[3]؛ لأنَّها في حكم الثمن.

---

(١) فالإجارة هي بيع المنفعة لغةً؛ ولهذا سمي المهر أجراً بقوله ﷻ: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٥]، أي: مهورهن؛ لأنَّ المهرَ بدلُ منفعةٍ البضع، كما في المغرب ص٢٠، والعين ٦: ١٧٣، والأساس في البلاغة ص٦، والكليات ص٧٢٨، واصطلاحاً: هي بيعُ نفع معلوم بعوضٍ معلومٍ دين أو عين، كما في الوقاية ص٧٢٨، والدَّينُ: كالنقود والمكيل والموزون، والعين: كالثياب والدواب، كما في فتح باب العناية٢: ٤٢١.

(٢) أي: عِلماً يمنع من المنازعة، فإن كانت مجهولة، ينظر: إن كانت تلك الجهالة مفضية إلى المنازعة، فإنَّها تمنع صحّة العقد؛ لأنَّ الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم، فلا يحصل المقصود من العقد، فكان العقد عبثاً؛ لخلوّه عن العاقبة الحميدة، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة، يوجد التسليم والتسلم، فيحصل المقصود، كما في المذكرات ص٢٠٢.

(٣) لأنَّ الأجرةَ ثمنُ المنفعة، فتعتبر بثمن المبيع، وليس كلُّ ما يصلح ثمناً لا يصلح

والمنافع تارةً تصير معلومةً بالمدّة: كاستئجار الدُّور للسُّكنى، والأرضين للزِّراعة، فيصحّ العقد على مدّةٍ معلومةٍ أيّ مدّة كانت، وتارةً تصير معلومة بتسمية العمل: كمَن استأجر رجلاً على صبغِ الثوب، أو خياطتِه

(والمنافع تارةً تصير معلومةً بالمدّة[1]: كاستئجار الدُّور للسُّكنى، والأرضين للزِّراعة، فيصحّ العقد على مدّةٍ معلومةٍ أيّ مدّة كانت.

وتارةً تصير معلومة بتسمية العمل[2]: كمَن استأجر رجلاً على صبغِ الثوب، أو خياطتِه.

أُجرة؛ لأنَّ بعض ما لا يصلح ثمناً كالأعيان التي هي ليست من ذوات الأَمثال: كالحيوان والثياب مثلاً إذا كانت معيّنة صلح أن يكون أُجرة، كما إذا استأجر داراً بثوب معيّن وإن كان لا يصلح ثمناً، وفيه نظر، فإنَّ المقايضة بيعٌ وليس فيها إلا العين من الجانبين، فلو لم تصلح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل، ويمكن أن يجاب م: بأنَّ النظرَ على المثال ليس من دأب المناظرين، فإذا كان الأَصلُ صحيحاً جاز أن يُمَثَّلَ بمثالٍ آخر، فليمثل بالمنفعة فإنَّها تصلح أُجرة إذا اختلف جنس المنافع، كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابّة ولا تصلح ثمناً أَصلاً، كما في العناية٩: ٦٢.

(١) لأنَّ المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه، فتركُ بيانه يفضي إلى المنازعة، وسواء قصرت المدة أو طالت من يوم أو شهر أو سنة أو أكثر من ذلك بعد أن كانت معلومة، كما في الوقاية ص٧٢٨، والبدائع ٤: ١٨١.

(٢) لأنَّ جهالةَ العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة، فيفسد العقد، حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من الخياطة والرعي ونحو ذلك لم يجز العقد، كما في البدائع ٤: ١٨٣، والوقاية ص٧٢٩.

أو استأجر دابّة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سمّاها، وتارةً تصير معلومةً بالتعيين والإشارة، كمَن استأجر رجلاً لينقل له هذا الطَّعام إلى موضع معلوم، ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يُبيِّنْ ما يعمل فيها، وله أن يعمل فيها كلّ شيء، إلاّ الحداد، والقصّار، والطّحان

أو استأجر دابّة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سمّاها[1].

وتارةً تصير معلومةً بالتعيين[2] **والإشارة، كمَن استأجر رجلاً لينقل له هذا الطَّعام إلى موضع معلوم)**[3]؛ لأنَّ هذه المعاني تعرّف المنفعة، وترفع الجهالة.

وفي قول الشَّافِعيّ ﷺ: لا يجوز الإجارة أكثر من سنة، وهو قولُ بعض المتأخرين من أصحابنا في الأوقاف؛ لئلا يؤدّي إلى استهلاكها.

(ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يُبيِّنْ ما يعمل فيها)؛ لأنَّها لا تختلف باختلاف المستعمل.

(وله أن يعمل فيها كلّ شيء، إلاّ الحداد، والقصّار، والطّحان)[4]؛ لأنَّ هذه

---

(١) أي: في استئجار الدواب وأمثالها لا بد من بيان المدة أو المكان، فإن لم يبيّن أحدهما فسدت؛ لأنَّ ترك البيان يفضي إلى المنازعة، وبعد بيان ذلك لا بُدّ مَن بيان ما يحمل عليها ومَن يركبها؛ لأنَّ الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول، والناس يتفاوتون في الركوب، فترك البيان يفضي إلى المنازعة، كما في البدائع ٤: ١٨٣.

(٢) ذكر التعيين هنا موهم لاتفاقها مع معنى التسمية؛ ولهذا ذكر في الكنز والوقاية الإشارة فقط، وهو أفضل، والله أعلم.

(٣) لأنَّه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة، كما في اللباب ١: ٢٤٨.

(٤) بيان ما يستأجر له في إجارة المنازل ونحوها ليس بشرط، حتى لو استأجر شيئاً من

المعاني توهن البناء وتضرّ به، فلا يلزم إلا بالتسمية.

(**ويجوز استئجار الأَراضي للزِّراعةِ**)، والأصلُ في جواز إجارة العقار: حديث رافع بن خُديج [1]، قال: «زارني رسول الله ﷺ في حائط فأعجبه، فقال:

ذلك ولم يسم ما يعمل فيه جاز، وله أن يسكن فيه نفسه ومع غيره، وله أن يسكن فيه غيره بالإجارة والإعارة، وله أن يضع فيه متاعاً وغيره، إلا أنَّه لا يجعل فيه حداداً، ولا قصاراً، ولا طحاناً، ولا ما يضر بالبناء ويوهنه، وإنَّما كان كذلك؛ لأنَّ الإجارة شرعت للانتفاع، والدور والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى، ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة؛ لأنَّ النّاس لا يتفاوتون في السكنى، فكانت معلومة من غير تسمية، وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقلتهم إلا تفاوتاً يسيراً، وأنَّه ملحق بالعدم، ووضع المتاع من توابع السكنى، وإنَّما لم يكن له أن يُقعد فيه مَن يضرّ بالبناء ويوهنه من القصّار والحدّاد والطحّان؛ لأنَّ ذلك إتلاف العين، وأنَّه لم يدخل تحت العقد؛ إذ الإجارة بيع المنفعة لا بيع العين؛ ولأنَّ مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد، كما في بدائع الصنائع ٤: ١٨٢-١٨٣.

(١) هو رافع بن خُديج بن رافع بن عدي الأنصاري الأوسي الحارثي، أبو عبد الله، ويقال: إنَّه يكنى بأبي خديج، صحابي، كان عريف قومه بالمدينة، شهد أحداً والخندق، وصفين مع عليّ، وروى عن النبي ﷺ، وكان يتعانا المزارع والفلاحة، وقد أصابه يوم أحد سهم في ترقوته فخيّره رسول الله ﷺ بين أن ينزعه منه وبين أن يترك فيه العطبة ويشهد له يوم القيامة، فاختار هذه، وانتقض عليه في هذه السنة فمات منه، فتوفي في المدينة، له (٧٨) حديثاً، (١٢ ق هـ - ٧٤). ينظر: الأعلام٣: ١٢، والبداية والنهاية٩: ٦-٧، والاستيعاب ٢: ٤٧٩-٤٨٠، وأسد الغابة٢: ٢٢٣-٢٢٤.

ولا يصحُّ العقدُ حتى يُسمِّي ما يُزْرَعُ فيها، أو يقول: على أن يـزرعَ فيهـا مـا شـاء، ويجوز أن يستأجر الساحةَ ليبنـي عليهـا، أو ليغـرس فيهـا نخـلاً أو شـجراً، فـإذا انقضت مُدّة الإجارة لزمه أن يَقْلَعَ البناءَ والغَرْس ويُـسلِّمها فارغـة، إلاّ أن يختـارَ صاحبُ الأرضِ

لِمَن هذا؟ فقلت: لي، استأجرته بشيء منها، فقال: لا تستأجره بشيء منها»[1]، ولو لم يجز لَمَّا خصّ النهيّ.

(**ولا يصحُّ العقدُ حتى يُسمِّي ما يُزْرَعُ فيها، أو يقول: على أن يزرعَ فيهـا مـا شاء**)؛ لتفاوت المزروعات تفاوتاً فاحشاً في الضرر.

(**ويجوز أن يستأجر الساحةَ ليبني عليها، أو ليغرس فيها نخلاً أو شـجراً**)[2]؛ لأنَّها منفعة معلومة مقدورة الاستيفاء كالزراعة.

(**فإذا انقضت مُدّة الإجارة لزمه أن يَقْلَعَ البناءَ والغَـرْس ويُـسلِّمها فارغـة**)؛ لوجوب أَداء العين بعد استيفاء المنفعة المستحقّة، (**إلاّ أن يختارَ صاحبُ الأرضِ**

---

(١) فعن رافع بن خديج رضي الله عنه: «أنَّه ﷺ مرَّ بحائط فأعجبه، فقال: لِمَن هذا؟ قلت: هو لي، قال: من أين لك هذا؟ قلت: استأجرته، قال: لا تستأجره بشيء» في المعجم الكبير ٤: ٢٦٣، وفي الخراج لأبي يوسف ص٨٩ زيادة: «منه»، وشرح مسند أبي حنيفة ص٤٨٥.

(٢) في إجارة الأرض لا بُدّ فيها من بيان ما تستأجر له مـن الزراعـة والغـرس والبنـاء وغير ذلك، فإن لم يبيّن كانت الإجارة فاسدة، إلاّ إذا جعل له أن ينتفعَ بها بما شاء، وكذا إذا استأجرها للزراعة فلا بُدّ من بيان ما يزرع فيها أو يجعل له أن يـزرع فيهـا مـا شـاء، وإلا فلا يجوز العقد؛ لأنَّ منافع الأرض تختلف بـاختلاف البنـاء والغـرس والزراعـة، وكذا المزروع يختلف منه ما يفسد الأرض، ومنه ما يصلحها، فكان المعقود عليه مجهولاً جهالةً مفضية إلى المنازعة، فلا بُدّ من البيان، بخلاف السكنى، فإنها لا تختلـف، كـما في حاشية الطحطاوي ٤: ٣٣، وبدائع الصنائع ٤: ١٨٢-١٨٣، وشرح الوقاية ص٧٣٨.

أن يغرمَ له قيمةَ ذلك مقلوعاً فيملكه، أو يَرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا، ويجوز استئجارُ الدَّوابِّ للرُّكوب والحَمْل، فإن أَطْلَقَ الرُّكوب جاز له أن يُركبَها مَن

أن يغرمَ له قيمةَ ذلك مقلوعاً فيملكه)؛ لأنَّ القلعَ وَجَبَ حَقّاً له، فإذا تَضَرَّرَ به، وَجَبَتْ قيمتُه نظراً للجانبين، (**أو يَرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا**)[1]؛ لاصطلاحهما على ذلك.

(**ويجوز استئجارُ الدَّوابِّ للرُّكوب والحَمْل**)؛ لما مَرَّ في استئجارِ السَّاحة، (**فإن أَطْلَقَ الرُّكوب**)، يعني يقول: يركبها مَن شاء[2]، (**جاز له أن يُركبَها مَن**.....

---

(١) وحاصل المسألة: أنَّ الإجارة تنفسخ بانتهاء المدّة، إلاّ إذا كان ثمة عذر، بأن انقضت المدّة وفي الأرض زرع لم يستحصد، فإنَّه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل، بخلاف ما إذا انقضت المدّة وفي الأرض غرس أو رطبة، فإنَّه يؤمر بالقلع؛ لأنَّ في ترك الزرع إلى أن يدرك مراعاة الحقّين والنظر من الجانبين؛ لأنَّ لِقطعِهِ غاية معلومة، فأما الغرس فليس لقطعها غاية معلومة، فلو لم تقطع لتعطلت الأرض على صاحبها فيتضرر به، كما في بدائع الصنائع ٤: ٢٢٣، وتفصيل الكلام أنَّه يجب على المستأجر أن يُسلِّمها فارغة إلا أن يوجد أحد أمرين:

أولاً: أن يعطي المؤجر قيمة البناء أو الغرس مقلوعاً ويتملكه، وهذا الإعطاء يكون جبراً على المستأجِر على تقدير أن ينقص القلع الأرض، ولا يكون للمستأجِر القلع، أما إذا لم يكن ينقص القلع الأرض فيشترط رضاء المستأجِر؛ لإبقاء البناء والغرس في الأرض.

ثانياً: أن يرضى المؤجِر بترك البناء أو الغرس في أرضه، فيكون البناء والغرس للمستأجِر، والأرض لصاحبها، كما في شرح الوقاية ص٧٣١.

(٢) وهو المراد بالإطلاق، لا أنَّه يستأجر الدابة للركوب ويطلقه فإنَّه لا يجوز، كما في

شاء، وكذلك إن استأجرَ ثَوْباً للبس وأَطلق، فإن قال: على أَن يُركبَها فلان، أو يَلبسَ الثَّوب فلان، فأَركبَها غيرَه، أو أَلبس الثوبَ غيرَه، كان ضَامناً إن عَطِبت الدَّابّة، أو تلف الثَّوب

شاء)؛ عملاً بإطلاق اللفظ[1]، (**وكذلك إن استأجرَ ثَوْباً للبس وأَطلق.**

فإن قال: على أَن يُركبَها فلان، أو يَلبسَ الثَّوب فلان، فأَركبَها غيرَه، أو أَلبس الثوبَ غيرَه، كان ضَامناً إن عَطِبت الدَّابّة، أو تلف الثَّوب)[2]؛ لتفاوت النَّاس في ذلك، وعدم رضاء المؤجّر فيه.

مسكين نقلاً عن الذخيرة والمغني وشرح الطحاوي، كما في اللباب ١: ٢٤٩، ولهذا قال في شرح الأقطع: وهذا الذي ذكره إنَّما يريد به إذا وَقَعَ العقدُ على أن يركبَ مَن شاء؛ وذلك لأنَّه إذا أطلقَ الركوبَ فعقد الإجارة فاسدٌ؛ لأنَّ الركوبَ يختلفُ اختلافاً كثيراً، فصار الركوبان من شخصين كالجنسين، فيكون المعقود عليه مجهولاً، فلا يصحّ العقد، فإن قال: تركب مَن شئت صَحَّ العقد، وإن لم يسمِّ شخصاً بعينه؛ لأنا إنَّما منعنا من صحّته لما لَحِق المالك من الضرر الذي يحصل في بعض الركوب، فإذا رضي به صار المعقود عليه معلوماً، فجاز كما في الأرض إذا قال: على أن يزرعَ فيها ما شاء، ثم إذا فسدت الإجارة في إطلاق الركوب، واستعملها قبل الفسخ يتعيّن أوّل راكب، وكذا في الثوب ونحوه، أتقاني، كما في الشلبي ٥: ١١٥.

(١) ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيرَه؛ لأنَّه تعيّن مراداً من الأصل، والناس يتفاوتون في الركوب، فصار كأنَّه نصّ على ركوبه، كما في اللباب ١: ٢٤٩، والهداية ٩: ٨٣، والجوهرة ١: ٢٦٢.

(٢) لأنَّ الناسَ يتفاوتون في الركوب واللبس، فصحّ التعيين، وليس له أن يتعدّاه، كما في الهداية ٩: ٨٤.

وكذلك كُلُّ ما يختلفُ باختلافِ المُسْتَعْمِل، وأَمّا العَقارُ وما لا يختلف باختلاف المستعمِل فإذا شَرَطَ سكنى واحد فله أن يُسْكِنَ غيرَه، وإن سَمَّى نوعاً وقَدْرَاً يحملُه على الدَّابّة، مثل أن يقول: خمسةُ أَقفزة حنطة، فله أن يحملَ ما هو مثل الحنطة في الضرر، أو أَقلّ: كالشعير والسمسم، وليس له أن يحمل ما هو أَضرُّ من الحنطة: كالملح والحديد، وإن استأجرَها ليحمل عليها قطناً سَمّاه فليس له أن يَحْمِلَ مثل وزنِه حديداً

(**وكذلك كُلُّ ما يختلفُ باختلافِ المُسْتَعْمِل**)؛ لأنَّ التقييدَ فيه مفيد.

(**وأَمّا العَقارُ وما لا يختلف باختلاف المستعمِل فإذا شَرَطَ سكنى واحد**) بعينِه، (**فله أن يُسْكِنَ غيرَه**)؛ لأنَّ التقييدَ فيما لا يتفاوت لغو.

(**وإن سَمَّى نوعاً وقَدْرَاً يحملُه على الدَّابّة، مثل أن يقول: خمسةُ أَقفزة حنطة، فله أن يحملَ ما هو مثل الحنطة في الضرر، أو أَقلّ: كالشعير والسمسم**)؛ لأنَّ المالكَ يرضى بذلك، فالتقييد لا يفيد.

(**وليس له أن يحمل ما هو أَضرُّ من الحنطة: كالملح والحديد**)؛ لأنَّه لا يرضى بذلك[1]، فكان التقييد مفيداً فيعتبر.

(**وإن استأجرَها ليحمل عليها قطناً سَمّاه فليس له أن يَحْمِلَ مثل وزنِه حديداً**)[2]، فإن حملَ وهلكَ فلا أجرة له، وهو ضامن؛ لأنَّه أضرّ على الدابّة وإن

---

(١) والأصل: أنَّ مَن استحقَّ منفعةً مقدرةً بالعقد فاستوفاها أو مثلها أو دونها جاز؛ لدخوله تحت الإذن، ولو أكثر لم يجز؛ لعدم دخوله تحته، كما في اللباب ١: ٢٥٠.

(٢) وإنَّما ذكره مع كونه معلوماً مما سبق؛ لأنَّ ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون، كما في العناية ٩: ٨٥.

وإن استأجَرَها ليركبها فأَرْدَف معه رجلاً فعطبت ضَمِن نصف قيمتها، ولا يعتبر بالثِّقل

كانا في الثقل سواء؛ لوقوعه في موضع معيّن من ظهر الدابّة[1].

(وإن استأجَرَها ليركبها فأَرْدَف معه رجلاً فعطبت ضَمِن نصف قيمتها)؛ لأنَّها تلفت بركوبها، وأحدُهما مأذونٌ له دون الآخر، **(ولا يعتبر بالثِّقل)**[2]؛ لأنَّ الضررَ قد يكون لجهله بالفروسية، لا لثقل ذاته، كما قال الشاعر:

---

(1) أي: الحديد يجتمع في موضع من ظهرها، والقطن ينبسط على ظهرها، كما في الهداية ٩: ٨٥، فكان أخف على الدابّة وأيسر، فإن هلكت ضمن قيمتها ولا أجرة عليه؛ لأنَّه بحمله صار مخالفاً، فصار كالغاصب، كذا في القاضي، وأما إذا سلمت فعليه الأجرة، قال في شرح الإرشاد: وكذا إذا استأجرها ليحمل الحديد لم يكن له أن يحمل عليها مثل وزنه قطناً، كما في الجوهرة ١: ٢٦٢.

(2) لأنَّ الرِّجال لا توزن، والدابة ربما يَعْقِرها جهلُ الراكب الخفيف، ويخفُّ عليها ركوب الثقيل، فاعتبر عدد الراكب ولم يُعيِّن الضامن؛ لأنَّ المالكَ بالخيار في تضمين أيهما شاء، ثم إن ضَمِن الراكبُ فلا رجوع له على الرديف، وإن ضَمِن الرديف يرجع بما ضَمِن على الراكب إن كان مستأجراً منه، وإلا لا، ولم يتعرَّض لوجوب الأجر، والمنقول في النهاية والمحيط: أنَّه يجب جميع الأجر إذا هلكت بعد بلوغ المقصد مع تضمين النصف؛ لأنَّ الضمانَ لركوب غيره، والأجر لركوبه.

وقيد بكونها عطبت؛ لأنَّها لو سلمت لا يلزمه غير المسمّى، كما في غاية البيان.

وقيد بالإرداف؛ ليكون كالتابع؛ لأنَّه لو أقعده في السرج صار غاصباً، ولم يجب عليه شيء من الأجر؛ لأنَّه لا يجامع الضمان، كما في غاية البيان.

وكذا لو حمله على عاتقه؛ لكونه يجتمع في محلّ واحد، فيشقّ على الدابة، وإن كانت تطيق حملهما، كما في النهاية.

وإن استأجرَها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليهـا أَكثـر منـه فعَطِبَـت ضَمِن ما زاد الثقل، وإن كَبَحَ الدابّة بلجامها أو ضربهـا فعَطِبَـت، ضَـمِن عنـد أبي حنيفة ﷺ.

لم يركبوا الخيل إلا بعدما كبروا   فهم ثقال على أكتافها ميل

(**وإن استأجرَها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليهـا أَكثـر منـه فعَطِبَت ضَمِن ما زاد الثقل**)[1]؛ لأنَّ التلفَ كان بالثقل، والمُسمَّى مأذونٌ فيه.

(**وإن كَبَحَ الدابّة بلجامها أو ضربها فعَطِبَت، ضَمِن عنـد أبي حنيفـة ﷺ**)[2]؛ لأنَّه ضربَ ما لا يملكه مع تصوّر استيفاء المنفعة المستحقَّة بدونه، فصار كضرب امرأته.

وقيد بالرَّجل؛ لأنَّه لو ركبها وحمل عليها شيئاً ضَمِن قدر الزيادة، وهذا إذا لم يركب فوق الحمل، أما لو ركب فوق الحمل ضمن جميع القيمة، كما ذكره خواهر زاده، كما في اللباب ١: ٢٥٠-٢٥١.

(١) لأنَّها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه، والسبب الثقل فانقسم عليهما، لا إذا كان حملاً لا تطيقه مثل تلك الدابة، فحينئذٍ يضمن كلّ قيمتها؛ لعدم الإذن فيها أصلاً؛ لخروجه عن العادة، كما في الهداية ٩: ٨٦.

(٢) لأنَّ الإذن مقيّد بشرط السلامة؛ إذ يتحقّق السَوق بدونه، وإنَّما هما للمبالغة، فيتقيد بوصف السلامة، كما في الهداية٩: ٨٧، وعليه الفتوى، وأمّا إذا ضربها ضرباً غير معتاد، أو كبحها كبحاً غير معتاد فعطبت، ضمن إجماعاً، كما في الجوهرة١: ٢٦٤.

وأمّا المعلم إذا ضرب الصبيّ بدون إذن الأب أو الوصي، فإنَّه يضمن لإمكان التعليم بلا ضرب؛ لأنَّه من أهل الفهم والتمييز بخلاف الدابّة.

وقالا: إن كان ضرباً مُعتاداً لا يضمن، والأُجراء على ضربين: أجير مشترك، وأجير خاص

(**وقالا**) والشَّافِعيّ ﷺ: (**إن كان ضرباً مُعتاداً لا يضمن**)؛ لأنَّ المعهودَ كالمشروط.

(**والأجراءُ على ضربين:**

١. **أجيرُ مشترك**)[1]: وهو الذي يعملُ لكلِّ النَّاس.

٢. (**وأَجيرُ خاصّ**)[2]: وهو الذي يُعْمَلُ لرجل بعينه.

وأمّا إذا ضرب الأب ابنه فمات ضَمِن، وكذا الوصيّ إذا ضرب الصبيّ للتأديب فمات ضمن، ولا يرثان، وعليهما الكفارة، وهذا عند أبي حنيفة ﷺ، وقال أبو يوسف ومحمد ﷺ: لا يضمنان ويرثان وعليهما الكفارة.

وأما إذا ضرب الزوج امرأته؛ لنشوز أو نحوه فماتت، فهو ضامن إجماعاً ولا يرث، ولو وطئها فماتت من وطئه لا شيء عليه عند أبي حنيفة ومحمّد ﷺ، وكذا إذا أفضاها؛ لأنَّه مأذون له في الوطء فلا يضمن ما يحدث منه، وقال أبو يوسف ﷺ: إن ماتت من وطئه فعلى عاقلته الدية، وإن أفضاها، والبول لا يستمسك فالدية في ماله، وإن كان يستمسك فثلث الدية في ماله، وأما إذا كسر فخذها في حالة الوطء فإنه يضمن إجماعاً؛ لأن كسر الفخذ غير مأذون فيه وهو غير حادث من الوطء المأذون فيه، كما في الجوهرة ١: ٢٦٤.

(١) وهو الذي يعمل لعامة الناس كالخياط، ويستحقّ الأجر بالعمل، ولا يضمن ما هلك في يده، كما في شرح الوقاية ص٧٣٩-٧٤٠.

(٢) وهو الذي يعمل لواحد، ويستحقُّ الأَجر بتسليم نفسه مُدّته وإن لم يعمل، أي: إذا سَلَّم نفسه ولم يعمل مع التَمكُّن، أَمّا إذا امتنعَ من العمل ومضت المدّة أو لم يتمكّن من العملِ لعذر ومضت المدَّة لم يستحقّ الأجر؛ لأنَّه لم يوجد تسليم النفس، كما في

فالمشتركُ مَن لا يستحقّ الأُجرة حتى يعملَ: كالصَّباغ والقصّار، والمتاعُ أَمانةٌ في يدِه إن هَلَكَ لم يضمن شَيئاً عند أبي حنيفة ﷺ

(فـ)الأجير (**المشتركُ مَن لا يستحقّ الأُجرة حتى يعملَ: كالصَّباغ والقصّار**)؛ لأنَّ المعقودَ عليه عمله، (**والمتاعُ أَمانةٌ في يدِه إن هَلَكَ لم يضمن شَيئاً**[1] **عند أبي حنيفة ﷺ**)[2]؛ لأنَّ الثوبَ غيرُ مضمون عليه؛ بدليل أنَّه لو هَلَكَ

الكفاية٨: ٦٨، كما في الأجير للخدمة سنة، أو لرعي الغنم؛ ولا يضمن ما تلف في يده أو بعمله، كما في الطحطاوي٤: ٣٨.

(١) أي: بغير صنعه، أما لو هلك بصنعه: كما لو هلك الثوب بدقّ القصَّار، فهو ضامن، كما في الفتاوى الغياثية ص١٥٩، وهذا قول أبي حنيفة وزفر والحَسَن ﷺ، وجزم به أصحابُ المتون مثل: الملتقى ص١٦٣، والتنوير ص١٨٩، والغرر ٢: ٢٣٥، وغيرها، وفي مجمع الأنهر٢: ٣٩١: «وفي الخانية: والفتوى على قول الإمام، وفي المنح: وقد جعل الفتوى عليه في كثير من المعتبرات...، وكان هو المذهب».

وفي الدرر٢: ٢٣٥، وفتح باب العناية ٢: ٤٤٠: واختار المتأخرون من أصحابنا الصلحَ على النصف بكلّ حال، وأفتوا به عملاً بأقوال الصحابة ﷺ والفقهاء بقدر الإمكان، أي: عملاً بالقولين، ومعناه عمل في كلِّ نصفٍ بقول، حيث حطّ النصف وأوجب النصف، بزّازية، قال في شرح الملتقى: قال الزاهدي: على هذا أدركتُ مشايخنا بخوارزم، وأقرّه القُهُستاني، اهـ، وفي جامع الفصولين منهم: شمس الأئمة والأوزجندي وأئمة فرغانة، كما في ردّ المحتار٦: ٦٥.

وفي التبيين: وبقولهما يفتى اليوم؛ لتغير أحوال الناس، وبه يحصل صيانة أموالهم، اهـ، وقال العيني ﷺ: وبه يعني بما قالا أفتى بعضهم، وبقول الإمام ﷺ آخرون، وأفتى بالصلح جماعة منّا، اهـ، وقال قاضي خان ﷺ: والمختار في الأجير المشترك قول أبي حنيفة ﷺ، اهـ، كما في الشرنبلالية٢: ٢٣٥.

(٢) لأنَّ الأصل أن لا يجب الضمان إلاّ على المتعدّي؛ لقوله ﷻ: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى

وقالا: يضمنه، وما تلف بعمله: كتخريق الثَّوب من دَقّه، وزلق الحـمّال، وانقطـاع الحبل الذي يشدّ به المكاري الحمل، وغرق السفينة من مدّها، مضمون عليه

بالحريق الغالب لا يضمن.

(وقالا) والشَّافِعيّ ﷺ: **(يضمنه)** إلاّ أن يكون شيئاً غالباً: كالحريق والغـرق ومكابرة اللصوص؛ لأنَّ الأجرةَ مضمونة علىٰ صاحب الثوب، وكذا الثـوب عـلىٰ الأجير تحقيقاً للمعادلة، غير أنَّ الأجرةَ مقابلة بالعمل، وهو مضمون عليه، وبهـذا نقول.

(وما تلف بعمله: كتخريق الثَّوب من دَقّه، وزلـق الحـمّال، وانقطـاع الحبـل الذي يشدّ به المكاري الحمل، وغرق السفينة من مدّها، مضمون عليه)[1]؛ لأنَّ

ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٣]، ولم يوجد التعدي من الأجير؛ لأنَّه مأذون في القـبض، والهـلاك ليس من صنعه، فلا يجب الضمان عليه، وسـواء كانـت الإجـارة صـحيحة أو فاسـدة، وتتغيّر صفة الأمانة إلىٰ الضمان بأشياء، منها:

١. ترك الحفظ؛ لأنَّ الأجير لما قبض المستأجر فيه فقد التزم حفظه، وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان.

٢. الإتلاف والإفساد إذا كان الأجير متعدياً فيه، بأن تعمّد ذلـك، سواء كان مشتركاً أو خاصّاً، كما لو استأجر دابّة فضربها أو كبح لجامها ـ أي جذبه إلىٰ نفسه بعنف ـ فهلكـت بذلـك، فإنَّه يضمن كـل قيمتها، كما في شرح الوقاية ص٧٣٢.

(١) قال في الوجيز: الأجير المشترك إنَّما يضمن ما جَنت يده بشرائط ثلاثة:

١. أن يكون في وسعه دفع ذلـك الفساد، حتىٰ لو غرقت الـسفينة مـن مـوج أو جبـل صدمها أو زلق الحمال إذا زحمه النـاس وانكـسر الـدن أو مـات المختـون مـن ذلـك لا يضمن.

المعقود عليه عمل سليم، (**إلا أنَّه لا يضمن به بني آدم ممّن غرق في السفينة أو سقط من الدابّة**)؛ لأنَّ الآدميَ لا يضمن إلا بالجناية ولم توجد[1].

وعند زُفَر ﷺ: لا ضمان على الأجير المشترك أصلاً؛ لأنَّ العملَ مأذونٌ فيه، فما تولَّد منه لا يكون مضموناً عليه، إلاّ أنَّ الإذنَ ما ثبت إلا بشرط السلامة.

---

٢. أن يكون محمل عمله مُسلّماً إليه بالتخلية، حتى لو كان صاحب المتاع معه أو وكيله، بأن كان راكباً في السفينة فانكسرت بجذب الملاح، أو كان على الدابة فعطبت من سوقه، أو رب المتاع والمكاري راكبين أو سائقين أو قاعدين، لا يضمن، ولو كان صاحب المتاع خلف الدابة ولا يسوقها الأجير فعطبت فهلك المتاع يضمن، وروي عن أبي يوسف ﷺ: لو سرق المتاع من رأس الحمال ورب المال معه لا ضمان عليه.

٣. أن يكون المضمون ممّا يجوز أن يضمن بالعقد، وهذا إشارة إلى ما قال صاحب الهداية: ولا يضمن بني آدم ممن غرق في السفينة، يعني: من مدّه أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده؛ لأنَّ الواجب ضمان الآدمي وأنَّه لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية، كما في مجمع الضمانات ص٢٨.

(١) أي: ضمان الآدمي لا يجب بالعقد، وإنَّما يجب بالجناية؛ ولهذا لا تتحمله العاقلة إلاّ إذا كان بالجناية، وقيل: هذا إذا كان كبيراً ممّن يستمسك على الدابّة ويركب وحده، وإلا فهو كالمتاع، والصحيح أنَّه لا فرق، كما في التبيين٥: ١٣٦، قال الأتقاني: والصحيح عدم الفرق، هكذا روى ابنُ سماعة عن أبي يوسف ﷺ في الرضيع، كما في الشلبي٥: ١٣٦، وفي مجمع الضمانات ص١٨٩: «رجل حمل صبياً على دابة فقال له: امسك لي، فسقط الصبيّ عن الدابة، كان ديةُ الصبيّ على عاقلة الذي حمله على كل حال، سواء كان الصبيّ يستمسك على الدابّة أو لا».

وإذا فصد الفصّاد، أو بزغ البزّاغ، ولم يتجاوز الموضع المعتاد، فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك، والأجيرُ الخاصّ، فإنَّه يستحقّ الأجرة بتسليم نفسه في المدّة وإن لم يعمل، كمَن استؤجر شهراً للخدمة، أو لرعي الغنم

(**وإذا فصد الفصّاد، أو بزغ البزّاغ**[1]**، ولم يتجاوز الموضع المعتاد، فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك**)[2]؛ لعدم الجناية منه، وتعذر الوقوف على أحوال داخل البدن، بخلاف دقّ الثوب والزلق؛ لأنَّه يمكن تعرّف حال الثوب، وما يحتمله من الدقّ.

(و)أمّا (**الأجيرُ الخاصّ، فإنَّه يستحقّ الأجرة بتسليم نفسه في المدّة وإن لم يعمل، كمَن استؤجر شهراً للخدمة، أو لرعي الغنم**)[3]؛ لأنَّ المعقودَ عليه تسليم

---

(1) بزغ البيطار الدابة: شقها بالمبزغ: وهو مثل مشرط الحجام، كما في المغرب ١: ٧٢-٧٣.

(2) لأنَّه لا يمكن الاحتراز عن السراية؛ لأنَّه يبتني على قوّة الطباع وضعفها، ولا يعرف ذلك بنفسه فلا يمكن تقييده بالسلامة، فسقط اعتباره إلا إذا جاوز المعتاد، فيضمن الزائد كله إذا لم يهلك، وإذا هلك ضَمِن نصف الدية؛ لأنَّه هلك بمأذون فيه وغير مأذون فيه، فيضمن بحسابه، وهو النصف، كما في اللباب١: ٢٥٢، ومثاله: لو قطع الخَتّانُ حشفة الصبي فمات منه، يجب عليه نصف الدية، وإن برئ منها يجب عليه كلّ الدية؛ لأنَّه إذا مات حصل موته بفعلين أحدُهما مأذونٌ فيه، وهو قطع الجلدة، والثاني غير مأذون فيه، وهو قطع الحشفة، وأمّا إذا برئ جعل قطع الجلدة كأنَّه لم يكن، وقطع الحشفة غير مأذون فيه، فوجب ضمان الحشفة كاملاً وهو الدية، كما في الجوهرة ١: ٢٥٦.

(3) وليس للخاص أن يعمل لغيره، ولو عمل نقص من أُجرته بقدر ما عمل، فتاوى النوازل، كما في الدر المختار ٦: ٧٠، بل ولا أن يُصلّي النافلة، قال في التتارخانية: وفي

ولا ضمان على الأجير الخاصّ فيما تَلَفَ في يدِه، ولا ما تلف من عملِهِ، والإجارةُ تفسدُها الشُّروط كما تُفْسِدُ البيع، ومَن استأجر عبداً للخدمة فليس له أَن يُسافرَ به إلاّ أن يَشْتَرِطَ ذلك

نفسه في المدّة لا غير كالدار المستأجرة إذا أمسكت ولم تسكن.

(**ولا ضمان على الأجير الخاصّ فيما تَلَفَ في يدِه، ولا ما تلف من عملِهِ**)، إلاّ أن يتعدّى فيه فيضمن، وأمّا عنده فلأنّ المشتركَ لا يضمن فهذا أولى، وفعله أيضاً غير مضمون؛ بدليل استحقاق الأجرة بدونه.

وأمّا عندهما؛ فلأنَّ الضمان ثمة وجب على خلاف القياس احتياطاً لأموال الناس، ولا كذلك هذا، وما تعمّد فيه الفساد يضمن كالمودع.

(**والإجارةُ تفسدُها الشُّروط**[1] **كما تُفْسِدُ البيع**)؛ لأنَّها عقد معاوضة تجري فيه المماكسة.

(**ومَن استأجر عبداً للخدمة فليس له أَن يُسافرَ به إلاّ أن يَشْتَرِطَ ذلك**)؛ لأنَّ خدمةَ السَّفر أَشقّ، فلا يلزمُ إلاّ بالالتزام.

فتاوى الفضلي: وإذا استأجر رجلاً يوماً يعمل كذا، فعليه أن يعملَ ذلك العمل إلى تمام المدّة، ولا يشتغل بشيء آخر سوى المكتوبة، وفي فتاوى سمرقند: وقد قال بعضُ مشايخنا: له أن يؤدّي السّنة أيضاً، واتفقوا أنّه لا يؤدّي نفلاً، وعليه الفتوى، وفي غريب الرواية: قال أبو علي الدقاق ﷺ: لا يمنع في المصر من إتيان الجمعة، ويسقط من الأجير بقدر اشتغاله إن كان بعيداً، وإن قريباً لم يحطّ شيء، فإن كان بعيداً واشتغل قدر ربع النهار يحطّ عنه ربع الأجرة، كما في رد المحتار ٦: ٧٠.

(١) أي: المخالفة لمقتضى العقد؛ لأنَّ الإجارة بمنزلة البيع؛ لأنَّها بيع المنافع، كما في اللباب١: ٢٥٣.

ومَن استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكّة جاز، وله المَحْمَل المعتاد، وإن شاهد الجمّال المحمل فهو أجود، وإن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأَكل منه في الطَّريقِ جاز له أن يَرُدَّ عوضَ ما أَكل

(**ومَن استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكّة جاز**[1]**، وله المَحْمَل المعتاد**)؛ لأنَّ المطلقَ ينصرف إلى المتعارف، كما في النقود.

(**وإن شاهد الجمّال المحمل**[2] **فهو أجود**)؛ لانتفاء الجهالة.

وعند الشَّافِعيّ رضي الله عنه ـ وهو القياس ـ: أن لا يجوز ما لم يشاهد المَحْمَل؛ لأنَّه يتفاوت، إلا أنَّ التفاوت فيما هو معتاد في البلد يسير لا يفضي إلى المنازعة، حتى لو أتى بما هو ليس بمتعارف لا يلزم.

(**وإن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأَكل منه في الطَّريقِ جاز له أن يَرُدَّ عوضَ ما أَكل**)؛ ليكمل القدر المستحقّ جملة[3].

---

(١) ولا بد من تعيين الراكبين، أو يقول على أن أُركب من أشاء، أما إذا قال: استأجرت على الركوب، فالإجارة فاسدة، كما في الجوهرة١: ٢٦٦.

(٢) لأنَّ الجهالة تنتفي بمشاهدة المحمل، وهو الهودج، يقال فيه: محمل بكسر الميم الأولى، وفتح الثانية، ويقال فيه بالعكس أيضاً، كما في الجوهرة١: ٢٦٦.

(٣) قال بعض أصحاب الشَّافِعيّ رضي الله عنه: ليس له أن يرد عوض ما أكل؛ لأنَّ عرف المسافرين أنَّهم يأكلون الزاد، ولا يردون بدله، والمطلق يحمل على التعارف، ولنا: أنَّه استحق عليه حملاً مقدراً في جميع الطريق فله أن يستوفيه، والعرف مشترك، فإنَّ بعض المسافرين يردون، فلا يلزمنا عرف البعض، أو يحمل فعل مَن لا يرد على أنَّهم استغنوا عنه فلا يلزم حجة؛ ولهذا يردّه بعضُهم وهم المحتاجون إليه، كما في التبيين ٥: ١٤٨.

والأجرةُ لا تجب بنفس العقد، وتُسْتَحَقُّ بأحد معان ثلاثة: إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط، أو باستيفاء المعقود عليه، ومَن استأجر داراً فللمؤجر أن يطالبَه بأُجرة كلِّ يوم

(**والأجرةُ لا تجب بنفس العقد**)[1]؛ لأنَّها عوضُ منفعة لم تملك؛ لاستحالة تملّك المعدوم في الحال، فصار كالثمن في البيع بشرط الخيار للبائع، بخلاف المهر على ما قاس عليه الشَّافِعيّ لم يركبوا الخيل إلا بعدما ﷺ الأُجرة؛ لأنَّ المهرَ وجبَ بمقابلةِ إيرادِ العقد على المحلِّ المحترم؛ إظهاراً لخطره، وإبانة لشرفه، وهذا بخلافه.

(**وتُسْتَحَقُّ بأحد معان ثلاثة:**

١. **إما بشرط التعجيل**)[2]؛ لأنَّ الشرطَ يُغيِّرُ مقتضى العقد: كالأجل، وشرط الخيار في البيع.

٢. (**أو بالتعجيل من غير شرط**)؛ لوجود السبب، وهو العقد، كما في تعجيل الزكاة، والدين المؤجّل.

٣. (**أو باستيفاء المعقود عليه**)؛ تحقيقاً للمساواة والمعادلة.

(**ومَن استأجر داراً فللمؤجر أن يطالبَه بأُجرة كلِّ يوم**)؛ لما مرَّ أنَّها وجبت

---

(١) أي: لا يجب أداؤها؛ لأنَّ العقدَ ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع، والعقد معاوضة، ومن قضية المعاوضة المساواة، وإذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الأجرة؛ لتحقق التسوية وكذا إذا شرط التعجيل، أو عجل من غير شرط، كما في الجوهرة١: ٢٦٦.

(٢) فالمؤجر إذا شرط تعجيل الأجرة في العقد كان له حبس الدار حتى يستوفي الأجرة؛ لأنَّ المنافع كالمبيع، والأجرة كالثمن، فكما وجب حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن، فكذا يجب حبس المنافع حتى يستوفي الأجرة المعجلة، كما في الجوهرة١: ٢٦٦.

إلا أن يُبيِّنَ وقت الاستحقاق بالعقد، ومَن استأجر بعيراً إلى مكّة فللجمّال أن يُطالبَه بأُجرة كلّ مرحلةٍ، وليس للقَصَّار والخَيَّاط أن يُطالبَ بالأُجرة حتى يَفْرَغَ من العمل إلاّ أن يشترط التعجيل

بمقابلة المنفعة، وقد استوفاها (**إلا أن يُبيِّنَ وقت الاستحقاق بالعقد**)، فيكون في معنى التأجيل.

وعند زُفَر ﷺ، وهو قول أبي حنيفة ﷺ أولاً: لا تجب حتى تذهب جميع المدّة، وإن كانت مئة سنة؛ لأنَّ الأجرةَ وجبت في مقابلة الجملة، إلا أنَّ فيه ضرراً ومخالفة لعمل الأمّة.

(**ومَن استأجر بعيراً إلى مكّة فللجمّال أن يُطالبَه بأُجرة كلّ مرحلةٍ**)؛ لأنَّ قضيةَ العقد أن يستوفي الأجرة جزءاً فجزءاً كالمنفعة، إلاّ أنَّ ذلك يتعذّر، فقُدِّرَ في العقار باليوم[1]، وفي المسافة بالمرحلة؛ مساهلة وتخفيفاً، وخلاف زُفَر ﷺ فيهما كما تقدّم في أنَّه لا تجب الأجرة حتى يعود.

(**وليس للقَصَّار والخَيَّاط أن يُطالبَ بالأُجرة حتى يَفْرَغَ من العمل إلاّ أن يشترط التعجيل**)؛ لأنَّ العملَ لم يقع مسلماً إلى المستعمل[2]، بخلاف أجرة الدار والدابّة.

---

(١) أي: لأنَّ القياسَ يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة؛ لتحقّق المساواة، إلا أنَّ المطالبةَ في كلّ ساعة تفضي إلى أن لا يتفرّغ لغيره فيتضرّر به، فقدرنا بما ذكرنا، كما في الهداية٩: ٧٣.

(٢) ولأنَّ العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر، كما في اللباب ١: ٢٥٥.

ومَن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحقّ الأجرة حتى يخرج الخبز من التنور، ومَن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالغَرفُ عليه، ومَن استأجر رجلاً ليضرب له لَبِناً استحقّ الأجرة إذا أقامه

(**ومَن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحقّ الأجرة حتى يخرج الخبز من التنور**)[1]؛ لأنَّ العَمَلَ به يتمّ.

(**ومَن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالغَرفُ عليه**)[2]؛ لأنَّ العرفَ قد جرىٰ علىٰ هذا.

(**ومَن استأجر رجلاً ليضرب له لَبِناً استحقّ الأجرة إذا أقامه**)؛ لأنَّه صار لِبناً مفروغاً منه، والتشريج[3] ليس من عمل اللبان، بخلاف الإقامة، فإنَّها تسوية الأطراف، فكانت من العمل عند أبي حنيفة ﷺ[4].

---

(١) يعني: إذا أخرجه من التنور، ثم احترق، هذا إذا كان يخبز في منزل المستأجر؛ لأنَّه بمجرد الإخراج صار مسلماً إليه؛ إذ المنزل في يده، فيستحقّ الأجر بوضعه فيه، ولا يجب عليه الضمان إذا هلك بعد ذلك بالإجماع؛ لأنَّه هلك بعد التسليم، ولو احترق قبل أن يخرجه أو سقط من يده قبل الإخراج فاحترق، لا يستحقّ الأجر لهلاكه قبل التسليم؛ ولأنَّه قبل الإخراج لا قيمة له، كما في التبيين ٥: ١١٠.

(٢) أي: للطباخ أن يطلب الأجرة بعدما غرف الطبيخ؛ لأنَّ الغَرفَ عليه، هذا إذا كان يطبخ للوليمة، وإن كان يطبخ قدراً خاصة لأهل البيت فليس عليه الغَرف؛ لأنَّ العادة لم تجر به، والمعتبر هو العادة في موضع لا نص فيه، كما في التبيين٥: ١١٠.

(٣) أي: ينضدها بضم بعضها إلىٰ بعض، كما في البناية٧: ٨٩١.

(٤) ألا ترىٰ أنَّه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلىٰ موضع العمل، بخلاف ما قبل الإقامة؛ لأنَّه طين منتشر، كما في الهداية ٩: ٧٧.

وقالا: لا يستحق الأجرة حتى يشرجه، وإن قال للخَيَّاط: إن خطَّت هذا الثَّوب فارسياً فبدرهم، وإن خطّته رُومياً فبدرهمين جاز وأَي العملين عمل استحقّ الأُجرة، وإن قال: إن خطّته اليوم فبدرهم، وإن خطّته غداً فبنصف درهم، فإن خاطه اليوم فله درهم

(**وقالا: لا يستحق الأجرة حتى يشرجه**)[1]؛ لأنَّ العرف علىٰ هذا.

(**وإن قال للخَيَّاط: إن خطَّت هذا الثَّوب فارسياً فبدرهم، وإن خطّته رُومياً فبدرهمين جاز وأَي العملين عمل استحقّ الأُجرة**)[2]، وكان أبو حنيفة ﷺ يقول أولاً وهو قول زُفَر والشَّافِعيّ ﷺ: أنَّه يفسد العقد؛ لجهالة البدل والمبدل.

ووجه قوله الآخر: أنَّهما عقدان ببدلين معلومين خيَّره بينهما، فيصحّ كما لو قال: إن رددت الآبق من الكوفة فلك درهم، وإن رددته من البصرة فلك درهمان.

(**وإن قال: إن خطّته اليوم فبدرهم، وإن خطّته غداً فبنصف درهم، فإن خاطه اليوم فله درهم**)؛ لأنَّه صحَّ العقدُ بشرطه، وذِكره اليوم للتَّعجيل

---

(١) قال ابن كمال باشا في الإيضاح ق١٣٣/ب: وبقولهما يفتىٰ معزياً للعيون، وأقرّه صاحب الدر المختار٥: ١١.

(٢) ومثل هذا إذا خيّره بين شيئين، بأن قال: آجرتك هذه الدار شهراً بخمسة، أو هذه الدار الأخرىٰ بعشرة، وكذلك إذا خيّره بين مسافتين مختلفتين، بأن قال: آجرتك هذه الدابة إلىٰ الكوفة بكذا أو إلىٰ واسط بكذا، وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء، وإن خيره بين أربعة أشياء لم يجز، والمعتبر في جميع ذلك البيع، والجامع دفع الحاجة، غير أنَّه لا بُدّ من اشتراط الخيار في البيع، وفي الإجارة لا يشترط ذلك؛ لأنَّ الأجرَ إنَّما يجب بالعمل، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد، فتتحقق الجهالة علىٰ وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار، كما في الهداية ٩: ١٣١.

(وإن خاطَه غداً فله أَجرُ مثلِه ولا يتجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة ﷺ)(١)؛ لأنَّ العقدَ الثاني قد فسد لكونه معلقاً بالخطر، وهو فوات الخياطة في اليوم الأول، فصار كما لو قال: إن دخلَ فلانٌ الدارَ فقد أجرتك، وإذا فسدت وجب أجر المثل.

وقالا ﷺ: الشرطان جائزان(٢) كما في الخياطة الرومية والفارسية.

---

(١) لأنَّ اليوم للتعجيل والغد للإضافة، والكلام لحقيقته حتى يقومَ الدليل على مجازه، وقد قام الدليل على إرادة المجاز في ذكر اليوم، وهو التعجيل؛ لأنَّ مرادَهما الصحّة، وهو مُتَعيِّنٌ في المجاز؛ لأنَّ تَعَيُّن العمل مع التوقيت مفسد، فإنَّ تعيّن العمل يوجب كونه أجيراً مشتركاً، وتعين الوقت لا يوجب كونه أجيراً مشتركاً، وبينهما تناف فلا يجتمعان، فيفسد، فتعيّن المجاز كي لا يفسد، فحملناه على التعجيل، وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز، وهو الترفيه، بل قام الدليل على إرادة الحقيقة، وهو الإضافة والتعليق، فتركناه على حقيقته؛ لأنا لو حملناه على أنَّه للترفيه يؤدِّي إلى فساد العقد من حيث إنَّه يجتمع في اليوم تسميتان، كما قال زفر ﷺ، فوجبَ حمله على أنَّه للإضافة كما هو حقيقته، ونقصان الأجر في الغد أيضاً يدل على ذلك؛ لأنَّ ما يكون للترفيه لا تكون أجرته أنقص، فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل، وذكر الغد للتعليق، لم يوجد في اليوم إلا تسمية واحدة، فلم يفسد، فإذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم، فإذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين فيه؛ لأنَّ المعلّق ينزل بمجيء الغد والتسمية الأولى باقية فيفسد؛ لاجتماع تسميتين في عمل واحد، بخلاف خياطة الرومية والفارسية؛ لأنَّه ليس لأحد العقدين موجب في العمل الآخر فكانا عقدين مختلفين كلّ واحد منهما ببدل مُسمّى على الانفراد معلوم فافترقا، كما في التبيين٥: ١٣٩–١٤٠.

(٢) لأنَّ ذكر اليوم للتوقيت؛ لأنَّه حقيقته، فكان قوله: إن خطته اليوم فبدرهم مقتصراً

والفرقُ لأبي حنيفة ﷺ: أنَّ ثمةَ ليس أحدهما معلّقاً بفوات الآخر، فإنَّه يمكنه البداية بأيّهما شاء.

وقال زُفَر والشَّافِعيّ ﷺ: الشرطان باطلان[1]؛ لما مَرَّ.

(**وإن قال: إن سَكَنَتْ في هذا الدكّان عطّاراً فبدرهم في الشهر، وإن سَكَنَتْ حداداً فبدرهمين جاز، وأي الأمرين فعل استحقّ المُسمَّى فيه عند أبي حنيفة ﷺ**)؛

على اليوم، فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد إلى الغد، بل ينقضي بانقضاء الوقت، وذكر الغد للتعليق: أي للإضافة؛ لأنَّ الإجارةَ لا تقبل التعليق، لكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل، فتكون مرادة لكونها حقيقة، وإذا كان للإضافة لم يكن العقد ثابتاً في الحال، فلا يجتمع في كل يوم تسميتان، كما في العناية ٩: ١٣١.

(١) لأنَّ ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت؛ لأنَّه حال إفراد العقد في اليوم بقوله: خِطهُ اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت، حتى لو خاطه في الغد استحقّ الأجر، فكذا هاهنا، وذكر الغد للترفيه؛ لأنَّ حال إفراد العقد في الغد بقوله: خِطّه غداً بنصف درهم كان للترفيه، فكذا هاهنا، إذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره، فيجتمع في كلِّ يوم تسميتان، أمّا في اليوم؛ فلأنَّ ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابتاً اليوم مع عقد اليوم، وأما في الغد؛ فلأنَّ العقد المنعقد في اليوم باق؛ لأنَّ ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد، وإذا اجتمع في كلّ واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل، فصار كأنَّه قال: خِطه بدرهم أو بنصف درهم، وهو باطل؛ لكون الأجر مجهولاً. والجواب: إنَّ الجهالة تزول بوقوع العمل، فإنَّ به يتعيّن الأجر للزومه عند العمل، كما في العناية ٩: ١٣١.

وقالا: الإجارة فاسدة، ومَن استأجر داراً كُلّ شهر بدرهم فالعقدُ صحيحٌ في شهر واحد فاسدٌ في بقيّةِ الشهور إلا أن يُسمِّي جملةَ الشهور معلومة، فإن سكنَ ساعةً من الشهر الثاني، صحّ العقد فيه، ولم يكن للمُؤجّر أن يخرجَه إلى أن

لأنَّه استوفى أحد المنفعتين بأحد البدلين، وخَيَّرَ نفسه؛ بدليل أنَّ له أن يبدأ بأيهما شاء، فصار كالرومية والفارسية.

(**وقالا: الإجارة فاسدة**)(1)؛ لجهالة الأجرة، فإنَّها تجب بالتخلية، وعندهما: الأجرة مجهولة؛ لأنَّه لا يعلم أي العملين يعمل.

(**ومَن استأجر داراً كُلّ شهر بدرهم فالعقدُ صحيحٌ في شهر واحد فاسدٌ في بقيّةِ الشهور إلا أن يُسمِّي جملةَ الشهور معلومة**)(2)، كما ذكرنا في بيع الصبرة، (**فإن سكنَ ساعةً من الشهر الثاني، صحّ العقد فيه، ولم يكن للمُؤجّر أن يخرجَه إلى أن**

---

(1) لأنَّ الأجرة والمنفعة مجهولان؛ لأنَّ الأجر في الأجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل، ولا يدرى أي العملين تقرَّر، وأَي التسميتين تجب وقت التسليم، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية؛ لأنَّ الأجر لا يجب فيه إلا بالعمل وبه ترتفع الجهالة، وبخلاف الترديد في اليوم والغد؛ لأنَّه عندهما كمسألة الرومية والفارسية، فلا يجب الأجر إلا بعد العمل، فعند ذلك هو معلوم، فهذا هو القاعدة.

لهما: أنَّ الأجرَ متى وَجَبَ بالتسليم لا يجوز أن يكون متردداً بين شيئين عند التسليم؛ لأنَّه لا يدرى أيهما يجب، والإجارة تفسد. ولأبي حنيفة ﷺ: أنه خَيَّرَه بين شيئين متغايرين، وجعل لكلِّ واحد منهما أجرة معلومة، فوجب أن يجوز كما في مسألة الرومية والفارسية، والإجارةُ تعقد للانتفاع، فالظاهر أنَّه يستوفي المنافع، وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة، كما في التبيين5: 140.

(2) لأنَّ كلمةَ كل إذا دخلت على مجهول وأفراده غير معلومة انصرف إلى الواحد؛ لكونه معلوماً، وفسد في الباقي؛ للجهالة، كما في البحر8: 20.

ينقضي، وكذلك كلّ شهر يسكن في أَوّله، وإذا استأجر داراً إلى سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يسمِّ قسط كلِّ شهر من الأجرة، ويجوز أخذ أُجرة الحَمّام والحَجّام

ينقضي، وكذلك كلّ شهر يسكن في أَوّله)[1]؛ لأنَّ الأجرَ قد رضي به، وقدر فيه الأجرة، فلمّا قبضه المستأجرُ انعقدَ بينهما عقد بالتعاطي، كمَن ساوم سلعةً بثمن فسَلَّم إليه البائع.

(**وإذا استأجر داراً إلى سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يسمِّ قسط كلِّ شهر من الأجرة)**[2]؛ لأنَّ أجرةَ الجملة معلومة، فلا يعتبر التوزيع على الأجزاء، كما في شراء الأعيان.

(**ويجوز أخذ أُجرة الحَمّام والحَجّام)؛ لأنَّه** «ﷺ أعطى أجرة الحجّام»[3]

(1) لأنَّه تمّ العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني، إلا أنَّ الذي ذكره في الكتاب هو القياس، وقد مال إليه بعض المشايخ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر ويومها؛ لأنَّ في اعتبار الأول بعض الحرج، هداية، وفي التصحيح: قال في الجوهرة والتبيين: هذا قول البعض، أما ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولى من الشهر ويومها، وبه يفتى، قال القاضي: وإليه أشار في ظاهر الرواية وعليه الفتوى، اهـ، كما في اللباب1: 257.

(2) لأنَّ الحصةَ معلومة بدون التقسيم، ثم إن كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة؛ لأنَّها هي الأصل، وإن كان في أثناء الشهر، فالكلُّ بالأيام عند أبي حنيفة ﷺ، وقال محمد ﷺ: الشهر الأول بالأيام، والباقي بالأهلة، وعن أبي يوسف ﷺ روايتان: إحداهما: مثل قول محمد ﷺ، والثانية: مثل قول أبي حنيفة ﷺ، كما في الجوهرة1: 269.

(3) فعن ابن عبّاس ﷺ: «أنَّ النبي ﷺ احْتَجَمَ وأعطى الحجام أجره واستعطَ» في صحيح مسلم5: 2154.

والناس في سائر الأمصار والأَعصار يعطون أجرة الحمّام مع جهالة المدّة والأجرة وقدر الماء المستعمل، وقال ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[1].

(**ولا يجوز أخذ أُجرة عَسْب**[2] **التَّيس**)؛ لنهيه ﷺ عن عَسْب الفحل[3] ـ وهو ما يعطى من أجرة الضِراب ـ؛ ولجهالة المعقود عليه.

(**ولا يجوز الاستئجار على الطَّاعات**[4]:

(١) سبق تخريجه.

(٢) عسبَ الفحلُ الناقةَ عسباً: طرقها؛ وسبب النهي أنَّ ثمرتَه المقصودة غير معلومة، فإنَّه قد يلقّح وقد لا يلقّح فهو غرر، كما في المصباح المنير٢: ٦٢٥.

(٣) فعن ابن عمر ﷺ: (نهى النبي ﷺ عن عَسْب الفحل) في صحيح البخاري٢: ٧٩٧، وسنن أبي داود٣: ٢٦٧، وسنن الترمذي٣: ٥٧٣، وسنن النسائي٣: ١١٥.

(٤) والأصل عندنا: أنَّه لا يجوزُ الإجارةِ على الطَّاعات والمعاصي، لكن لَمَّا وقعَ الفتورُ في الأمورِ الدِّينية يُفْتَى بصحَّتِها لتعليم القرآن والفقه؛ تحرُّزاً عن الاندراس، كما في شرح الوقاية٢: ٢٨٥، فبعض المشايخ استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم؛ لظهور التواني في الأمور الدِّينية، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن، وعليه الفتوى، وتمامه في استحسان الاستئجار على تعليم القرآن ص٢٢٧، وقالو: إنّما كره تعليم القرآن بالأجر في الصدر الأول؛ لأنَّ حملة القرآن كانوا قليلاً، فكان التعليم واجباً، حتى لا يذهب القرآن، فأما في زماننا كثر حملة القرآن، ولم يبق التعليم واجباً، فجاز الاستئجار عليه، كما في المحيط ص١٥١.

ويشهد لذلك: أنَّ أبا سعيد الخُدْرِيّ ﷺ رقا بفاتحة الكتاب، وأخذَ قطيعاً من الغنم واقتسمه هو وأصحابه بأمرِ النبي ﷺ، وقال ﷺ: (إنَّ أحقَّ ما أخذتم عليه أجراً كتابُ الله) في صحيح البخاري٢: ٧٩٥.

كالأذان[1] **والإمامة والحجّ)**[2]؛ لأنَّ شرطَها أن يكون قربةً لفاعلها؛ ولهذا لا يجوز استئجار الذميّ؛ لفعل الحجّ، واستحقاق الأجرة يبطل كونها قربة؛ ولهذا قال ﷺ لأُبَيّ بن كعب رضي الله عنه حين قرأ طُّفيل بن عمرو رضي الله عنه[3] القرآن فأعطاه قوساً: «تقلدها سلوة من جهنم»[4]: أي قطعة.

---

(١) فعن عثمان بن أبي العاص رضي الله عنه، قال: قلت: (يا رسول الله، اجعلني إمام قومي، قال: أنت إمامهم، واتّخذ مؤذِّناً لا يأخذ على أذانه أجراً) في المستدرك١: ٣١٤، وصححه، وصحيح ابن خزيمة١: ٢٢١، وسنن أبي داود١: ٢٠١، وعن يحيى البكاء رضي الله عنه قال رجل لابن عمر رضي الله عنهما: «إني لأحبّك في الله، فقال ابن عمر رضي الله عنهما: لكني أبغضك في الله، قال: ولم؟ فقال: إنَّك تنقي في أذانك وتأخذ عليه أجراً» في المعجم الكبير١٢: ٢٦٤، ومصنف عبد الرزاق١: ٤٨١.

(٢) اقتصرَ صاحب الهداية٣: ٢٤٠ على استثناءِ تعليمِ القرآن، وزادَ بعضهم الإمامة والأذان، وبعضُهم الإقامة والوعظ والتدريس، وقد اتَّفقت كلمتهم على التعليم للضرورة، وعلى التصريحِ بأصل المذهب، وهو عدمُ الجواز، فهذا دليلٌ على أنَّ المفتى به ليس هو جواز الاستئجارِ على كلِّ طاعة، بل على ما ذكروه فقط ممّا فيه ضرورةٌ ظاهرةٌ تبيح الخروج عن أصل المذهب من طرقِ المنع، كما في رد المحتار٥: ٣٤-٣٥.

(٣) هو الطُّفيل بن عمرو بن طريف بن العاص الدوسيّ الأزدي، يلقب ذا النور، من الأشراف في الجاهلية والإسلام، كان شاعراً غنياً، كثير الضيافة، مطاعاً في قومه، استشهد في اليمامة (ت ١١هـ). ينظر: الأعلام ٣: ٢٢٧، وأسد الغابة ٢: ٤٦٠.

(٤) فعن الطفيل بن عمرو الدوسي رضي الله عنه، قال: (اقرأني أُبَيّ بن كعب رضي الله عنه القرآن، فأهديت له قوساً، فغدا إلى النبي ﷺ متقلّدها، فقال له النبي ﷺ: مَن سلحك هذه القوس يا أُبي؟ فقال الطفيل بن عمرو الدوسي رضي الله عنه أقرأته القرآن، فقال له رسول الله ﷺ: تقلدها شِلْوةً

وقياس الشَّافِعيّ رضي الله عنه علىٰ كتبة المصحف وبناء المسجد لا يصحّ؛ لأنَّ ثمةَ لا يشترط كونه قربة من الفاعل، فإنَّه يجوز استئجار الذميّ لفعلها، بخلاف ما نحن فيه، فافترقا.

(و)لا يجوز الاستئجار علىٰ (**الغناء والنَّوح**)؛ لأنَّه منهيّ عنه ومعصية، ولا يستحقّ تسليم المنافع بهذا العقد، فلا يصحّ العقد(1).

من جهنم، فقال: يا رسول الله، إنا نأكل من طعامهم، فقال: أما طعام صنع لغيرك فحضرت فلا بأس أن تأكله) في المعجم الأوسط1: 139، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ر6446: «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه عبد الله بن سليمان بن عمير، ولم أجد من ترجمه، ولا أظنه أدرك الطفيل»، والشِلْوة: القطعة، من الشلو بِمَعْنىٰ الْعُضْو، كما في اللسان 14: 442، وعن عطية بن قيس الكلابي رضي الله عنه قال: (علَّم أُبي بن كعب رضي الله عنه رجلاً القرآن فأتىٰ اليمن فأهدىٰ له قوساً، فذكر ذلك للنبيّ صلى الله عليه وسلم، فقال: إن أخذتها فخذ بها قوساً من النار) في سنن البيهقي الكبير 6: 125، وعن عبد الرحمن بن شبل رضي الله عنه، قال: سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول: (اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به، ولا تجفوا عنه، ولا تغلوا فيه، ولا تستكثروا به) في مسند البزار3: 266، ومسند أحمد3: 429، وصححه الأرنؤوط، وعن عبادةِ بن الصامت رضي الله عنه، قال: (علَّمتُ ناساً من أهل الصفّة القرآن، وأهدىٰ إليّ رجلٌ منهم قوساً، فقلت: ليست بمال وأرمي بها في سبيل الله، فسألتُ النبيّ صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال: إن أردت أن يطوّقك الله طوقاً من نار فاقبلها) في سنن أبي داود2: 285، وسنن ابن ماجه 2: 730، ومشكل الآثار9: 341، ومسند الشاشي3: 461.

(1) يعني: ولا يصحُّ الإجارةُ علىٰ المعاصي كالغناء والنوح والملاهي؛ لأنَّ المعصيةَ لا يتصوّر استحقاقها بالعقد، فلا يجبُ عليها الأجرة من غير أن يستحقَّ هو علىٰ الأجير؛ إذ المبادلةُ لا تكون إلا بالاستحقاق كلّ منهما علىٰ الآخر.

ولا تصحُّ إجارةُ المشاع عند أبي حنيفة ﷺ إلاّ من الشَّريك، وقالا: إجارةُ المشاع جائزةٌ اعتباراً بالبيع

(**ولا تصحُّ إجارةُ المشاع عند أبي حنيفة ﷺ إلاّ من الشَّريك**)؛ لتعذّر استيفاء المنفعة من الشائع، وانقطاعها بالمهايأة[1].

(**وقالا**) والشَّافِعيّ ﷺ: (**إجارةُ المشاع جائزةٌ اعتباراً بالبيع**)[2]؛ ولهذا صَحَّت من الشريك، والفرقُ: أنَّ البيعَ يقع به الملك، فلا تعذّر فيه، وأمّا المنافعُ إنَّما تملك

ولو استحقّ على المعصية لكان ذلك مضافاً إلى الشارعِ من حيث أنّه شرعَ عقداً موجباً للمعصية، تعالى الله عن ذلك علّواً كبيراً؛ ولذا قال في غاية البيان: لا تجوزُ الإجارة على شيءٍ من الغناءِ والنوح والمزامير والطبل وشيءٍ من اللهو، وعلى هذا الحداء وقراءة الشعر وغيره، ولا أجر في ذلك، هذا كلّه قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمّد ﷺ، كما في عمدة الرعاية ٦: ٥٦٢-٥٦٣، ورمز الحقائق ٢: ١٩٨.

(١) المهايأة: عبارة عن قسمة المنافع في الأعيان المشتركة، كأنَّ أحد الشريكين يتهيأ للانتفاع بالعين حين فرغ شريكه عن الانتفاع بها، كما في قمر الأقمار ٢: ٩٨.

(٢) لأنَّ للمشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ، ولهذا يجب أجر المثل عنده، فصار كما إذا آجر من شريكه أو مِن رجلين، كما في التبيين ٥: ١٢٦، وفي التصحيح ص٢٥٨-٢٥٩: قال الكرخي: نص أبو حنيفة ﷺ: أنَّه إذا آجر بعض ملكه أو آجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي فهو فاسد، سواء فيما يقسم وما لا يقسم، وصحح في الحقائق: أنَّه فاسد، وحكي عن بعض أنَّه باطل، وهو في نظم الخلافيات، وقال القاضي: إجارة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم فاسدة في قول أبي حنيفة ﷺ، وعليه الفتوى، وإن آجر من شريكه جاز في أظهر الروايتين، ولو من ثالث لا يجوز في الأظهر، قال في الفتاوى الصغرى: وفي المزارعة والمعاملة والوقف الفتوى على قول أبي يوسف ومحمد ﷺ؛ لمكان الضرورة والبلوى، وفي إجارة المشاع على قول أبي حنيفة ﷺ، وقال في

بالاستيفاء، وقد تعذَّر، بخلاف إجارة الشريك؛ لقدرته على الاستيفاء، وعلى أنَّ فيهما روايتان عنه.

(**ويجوز استئجار الظِئر**[1] **بأُجرة معلومة**)؛ لأنَّ العادةَ قد جرت به قبل

الحقائق: والفتوى على قول أبي حنيفة رضي الله عنه واعتمده النسفي وبرهان الأئمة المحبوبي وصدر الشريعة، وقال في شرح الكنز للزيلعي: وفي المغني إنَّ الفتوى اليوم في إجارة المشاع على قولهما، قلت: شاذ مجهول القائل فلا يعارض ما ذكرنا.

(1) القياس أن لا يصح؛ لأنَّها تَرِدُ على استهلاك العين، وهو اللبن، فصار كاستئجار الشاة ليشرب لبنها، أو البستان ليأكل ثمره، وجه الاستحسان: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، وعليه إجماع الأمة، وقد جرى التعامل به في الأعصار من غير نكير، ولا نسلم أنَّ العقد على استهلاك العين، بل على المنفعة، وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وخدمته وتربيته واللبن، كما في التبيين5: 128، لأنَّ العقدَ يقع على خدمة الصبيّ، واللبن يدخل على طريق التبع، فكان ذلك استئجاراً على المنفعة أيضاً، واستيفاؤها بالقيام بخدمة الصبي من غسله وغسل ثيابه وإلباسها إياه وطبخ طعامه ونحو ذلك، واللبن يدخل فيه تبعاً، كالصبغ في استئجار الصباغ، كما في بدائع الصنائع 4: 174-175.

لكن في المبسوط 15: 119: «وزعم بعض المتأخرين رضي الله عنهم أنَّ المعقودَ عليه المنفعة، وهو القيام بخدمة الصبيّ وما يحتاج إليه، وأمّا اللبن فتبع فيه؛ لأنَّ اللبنَ عين، والعينُ لا تستحقّ بعقد الإجارة، كلبن الأنعام، والأصحّ أنَّ العقدَ يَرِدُ على اللبن؛ لأنَّه هو المقصود، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع، والمعقود عليه هو منفعة الثدي، فمنفعة كلّ عضو على حسب ما يليق به»، وفي التبيين 5: 127: «وإلى هذا القول مال شمس الأئمة، وقال: هو الأصح، والأول أشبه بالفقه وأقرب إليه، وقال في الكافي: وهو الصحيح».

الإسلام وبعده إلى يومنا هذا ولم ينكره النبي ﷺ[1].

(**ويجوز بطعامها وكسوتها**) استحساناً[2]؛ لأنَّ الناسَ يتسامحون في ذلك، إذ إصلاح الصبيّ بإصلاح طعام الظئر.

والقياس: أن لا يجوز، وهو قولهما وقول الشَّافِعيّ ﷺ؛ لجهالة البدل، إلاّ أنَّ هذه الجهالة تحملت للحاجة، ويكون تدبير طعام الظئر إلى أهل الصبيّ؛ لما ذكرنا من العادة.

(**وليس للمستأجر أن يمنعَ زوجها من وطئها**)[3]؛ لأنَّ ذلك حقّه

---

(١) قال في المبسوط ١٥: ١١٨: «الاستئجار للظئورة جائز؛ لقوله ﷻ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، والمراد بعد الطلاق، وقال الله ﷻ: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ۝٦﴾ [الطلاق: ٦]، يعني: بأجر، وبعث رسول الله ﷺ والناس يتعاملونه، فأقرهم عليه وكانوا عليه في الجاهلية، وقد استؤجر لإرضاع رسول الله ﷺ حليمة، وبالناس إليه حاجة؛ لأنَّ الصغار لا يتربون إلا بلبن الآدمية والأم قد تعجز عن الإرضاع لمرض، أو موت، أو تأبى الإرضاع، فلا طريق إلى تحصيل المقصود سوى استئجار الظئر، جوز ذلك للحاجة».

(٢) هذا عند أبي حنيفة ﷺ، وقالا: لا يجوز، وهو قول الشَّافِعيّ، وهو القياس؛ لأنَّ الأجرةَ مجهولة، فصار كما إذا استأجرها بها للطبخ والخبز، وله: أنَّ الجهالة هنا لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنَّ العادةَ جرت بالتوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد، ولا يشاححها بل يعطيها ما طلبت، ويوافقها على مرادها، والجهالة إذا لم تفض إلى المنازعة لا تمنع الصحّة: كبيع قفيز من صبرة طعام، بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك؛ لأنَّ الجهالةَ فيها تفضي إلى المنازعة؛ لجريان المماكسة والمضايقة فيها، كما في التبيين ٥: ١٢٩.

(٣) لأنَّ الوطء حقّ الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه؛ ألا ترى أنَّ له أن يفسخ الإجارة

فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبيّ من لبنها، وعليها أَن تُصْلِحَ طَعام الصَّبيّ، فإن أَرْضَعَتْه في المُدَّةِ بلبن شاةٍ فلا أُجرةَ لها، وكلُّ صانع لعمله أثرٌ في العين: كالصَّبَّاغ والقَصَّار فله أَن يحبسَ العين بعد الفراغ من عملِهِ حتى يستوفي الأُجرة

فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبيّ من لبنها)؛ لأنَّ فيه ضرراً فكان عذراً في الفَسْخ[1]، (**وعليها أَن تُصْلِحَ طَعام الصَّبيّ**)[2]؛ لجريان العادة به، (**فإن أَرْضَعَتْه في المُدَّةِ بلبن شاةٍ فلا أُجرةَ لها**)؛ لأنَّها استؤجرت على منفعةٍ مخصوصة، وهي خدمةُ الرَّضاع، واللَّبنُ مُستَحِقٌّ على طريق التبع كالصَّبْغِ في الثَّوب.

(**وكلُّ صانع لعمله أثرٌ في العين: كالصَّبَّاغ والقَصَّار فله أَن يحبسَ العين**[3] **بعد الفراغ من عملِهِ حتى يستوفي الأُجرة**)؛ لأنَّ الأجرةَ مقابلةٌ بذلك الأثر، فله حبسه كالبائع.

إذا لم يعلم به صيانة لحِقّه، إلا أنَّ المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله؛ لأنَّ المنزل حقّه، كما في الهداية ٩: ١٠٦.

(١) لأنَّ لبن الحامل يفسد الصبي؛ ولهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً، كما في الهداية ٩: ١٠٦.

(٢) لأنَّ العمل عليها، والحاصل أنَّه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب، فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر، كما في الهداية ٩: ١٠٦.

(٣) لأنَّ المعقودَ عليه الوصف الذي أحدثه في الثوب، وهو قائم، فيكون له أن يحبسه ببدله، كما في المبسوط ١٥: ١٠٦، وهذا كما في البيع، فإن حبسَها للأجرةِ فضاعت العينُ

ومَن ليس لعمله أَثَرٌ في العينِ فليس له أن يحبسَ العين: كالحَمّال والمَلاّح، وإذا اشترط على الصانع أن يَعْمَلَ بنفسِهِ فليس له أن يَسْتَعْمِلَ غيرَه، وإن أَطْلَقَ له العمل فله أن يستأجرَ مَن يعملُه، وإن اختلف الخيّاطُ وصاحبُ الثّوب، فإن قال صاحبُ الثوب: أَمرتُكَ أن تعملَه قَبَاء، وقال الخيّاط: قميصاً، أو قال صاحبُ الثوب للصبّاغ: أمرتُك أن

(**ومَن ليس لعمله أَثَرٌ في العينِ فليس له أن يحبسَ العين**[1]**: كالحَمّال والمَلاّح**)؛ لأنَّ عملَه ليس بموجود، فصار كالمودِع إذا كان له دين على المودع.

(**وإذا اشترط على الصانع أن يَعْمَلَ بنفسِهِ فليس له أن يَسْتَعْمِلَ غيرَه**)؛ لأنَّ صاحبَ الثوب لم يرضَ إلا بعملِه، (**وإن أَطْلَقَ له العمل فله أن يستأجرَ مَن يعملُه**)[2]؛ لأنَّ العادةَ قد جرت أنَّ الصنّاع يعملون بأنفسهم وبأجرائهم.

(**وإن اختلف الخيّاطُ وصاحبُ الثّوب، فإن قال صاحبُ الثوب: أَمرتُكَ أن تعملَه قَبَاء، وقال الخيّاط: قميصاً، أو قال صاحبُ الثوب للصبّاغ: أمرتُك أن**

بلا تعدٍّ منه فلا ضمان عليه؛ لكونه أمانةً في يده، كما كان قبل الحبس، ولا أجر له إذا هلك المعقود عليه قبل التسليم، وهذا عند الإمام ﷺ، وقالا: إن شاءَ المالكُ ضَمَّنَه مصبوغاً، وله الأجر؛ لأنَّ العملَ صار مُسلماً إليه تقديراً؛ لوصول قيمته إليه، فصار كما لو صار مُسلَّماً حقيقة، أو غير مصبوغ، ولا أجر له؛ لأنَّ العمل لم يصرْ مُسلَّماً إليه، كما في عمدة الرعاية ٦: ٥٢٤.

(١) لأنَّ المعقود عليه نفس العمل ولم يبق بعد الفراغ منه فلا يكون له أن يحبس، كما في المبسوط ١٥: ١٠٦.

(٢) لأنَّ المستحقَّ عملٌ في ذمّته، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدَّين، كما في العناية ٩: ٧٨.

تصبغَه أحمر فصبغته أصفر، وقال الصبّاغ: لا بل أمرتني أصفر فالقولُ قولُ صاحب الثوب مع يمينه، فإن حلف فالخيّاطُ ضامن، وإذا قال صاحبُ الثَّوب: عَملْتَه لي بغير أجرة، وقال الصانع: بأجرة، فالقولُ لصاحب الثوب عند أبي حنيفة ﷺ مع يمينه

تصبغَه أحمر فصبغته أصفر، وقال الصبّاغ: لا بل أمرتني أصفر فالقولُ قولُ صاحب الثوب مع يمينه)؛ لأنَّ الإذنَ مستفادٌ من جهته، فكان القولُ له في صفته[1].

(**فإن حلف فالخيّاطُ**) والصبّاغُ (**ضامن**)[2]؛ لتصرّفه في ملك الغير بغير إذنه.

(**وإذا قال صاحبُ الثَّوب: عَملْتَه لي بغير أجرة، وقال الصانع: بأجرة، فالقولُ لصاحب الثوب عند أبي حنيفة ﷺ مع يمينه**)[3]؛ لأنَّه منكر[4].

---

(١) ألا ترى أنَّه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله، فكذا إذا أنكر صفته، لكن يحلف؛ لأنَّه أنكر شيئاً لو أقرّ به لزمه، كما في الهداية ٩: ١٤٣.

(٢) أي: أنَّه بالخيار إن شاء ضمنه، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله، وكذا يُخيّر في مسألة الصبغ إذا حلف، إن شاء ضمّنه قيمة الثوب أبيض، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المُسمّى، كما في الهداية ٩: ١٤٤.

(٣) لأنَّ المنافعَ على أصلنا لا تتقوّم إلا بالعقد، ولم يوجد، أمّا إذا اتفقا على أنَّهما لم يشترطا الأجر فظاهر، وكذا إذا اختلفا في الشرط؛ لأنَّ العقدَ لا يثبت مع الاختلاف؛ للتعارض، فلا تجب الأجرة، ثم إن كان في المصنوع عين قائمة للصانع: كالصبغ الذي يزيد، والنعل، يَغرم ربّ الثوب والخفّ للصانع ما زاد الصبغ والنعل فيه لا يجاوز به درهماً، وإلاّ فلا، كما في البدائع ٤: ٢٢٣.

(٤) لأنَّ العامل يدعي عليه الأجرة ديناً في الذمّة، وهو مُنكِر، فالقول قول المُنكِر مع

وقال أبو يوسف ﷺ: إن كان حَريفاً فله الأجرة وإلاّ فلا، وقال مُحَمَّد ﷺ: إن كان الصَّانعُ معروفاً بهذه الصَّنعةِ بالأُجرة فالقَوَلُ قولُه بأَنَّه عَمَلُه بأُجرةٍ

(**وقال أبو يوسف** ﷺ: **إن كان**) الصّانع (**حَريفاً**[1] **فله الأجرة وإلاّ فلا**)؛ لأنَّ حالَ الحريف تدلّ على ذلك عادة.

(**وقال مُحَمَّد** ﷺ: **إن كان الصَّانعُ معروفاً بهذه الصَّنعةِ بالأُجرة فالقَوَلُ قولُه بأَنَّه عَمَلُه بأُجرةٍ**)[2]؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ مَن تبتللصَّنعةَ في السُّوق لا يستعمل بغير أُجرة، إلاّ أنَّ هذه الأشياءَ ظواهر[3]، والظاهرُ يصلح للدفع لا للاستحقاق.

اليمين، فإذا حَلَفَ غَرِمَ له ما زاد النعل في خفّه بعد أن يَحْلِفَ العامل على دعواه أنَّه عمل له بغير أجر؛ لأنَّ ربَّ الخفّ يدّعي عليه هبة النعل، وهو لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يحلف عليه، وإذا حَلَفَ انتفى ما ادّعى كلّ واحد منهما من العقد، فيبقى نعله متصلاً بخفّ الغير بإذن صاحب الخف، فتجب قيمته لاحتباس ملك الغير عنده، ولا يجب أجر المثل؛ لأنَّ المنفعةَ لا تتقوّم إلا بالعقد والتسمية، وقد انتفى ذلك، كما في المبسوط١٥: ٩٤-٩٥.

(١) أي: خليطاً له، وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر فله الأجر وإلا فلا؛ لأنَّ سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما، كما في العناية ٩: ١٤٣.

(٢) في التصحيح: ورجح دليل الإمام في الهداية، وأجاب على دليلهما، واعتمده الإمام المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة، وجعل خواهر زاده الفتوى على قول محمد ﷺ، كما في اللباب١: ٢٦١، وفي التبيين٥: ١٤٣، والتنوير ص١٩٠: الفتوى على قول محمّد ﷺ.

(٣) أي: لما فتح الحانوت لأجله، جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر؛ اعتباراً للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة ﷺ؛ لأنَّه منكر، وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بأنَّ الظاهر يصلح للدفع، والحاجة هاهنا للاستحقاق لا للدفع، كما في العناية ٩: ١٤٣.

والواجبُ في الإجارةِ الفاسدةِ أَجْرَ المثل، ولا يتجاوز به المُسمَّى، وإذا قبض المستأجرُ الدارَ فعليه الأُجرة وإن لم يسكنها، فإن غصبَها الغاصبُ من يدِه سقطت الأُجرة

(**والواجبُ في الإجارةِ الفاسدةِ أَجْرَ المثل**)؛ اعتباراً بالبيع، (**ولا يتجاوز به المُسمَّى**)[1]؛ لأنَّ المنفعةَ لا قيمة لها بنفسها، بل بتقوّمِها، وقد قوَّمها بذلك.

وقال زُفَر والشَّافِعيّ : وَجَبَ أجر المثل بالغاً ما بَلَغ، كما في بيع الأعيان.

والفرق: أنَّ الأعيانَ متقوّمة بنفسها، والمنافع لا تتقوّم إلا بعقد، أو بشبهة عقد.

(**وإذا قبض المستأجرُ الدارَ فعليه الأُجرة وإن لم يسكنها**)[2]؛ لأنَّها وَجَبَت بإزاء التَّسليم.

(**فإن غصبَها الغاصبُ من يدِه سقطت الأُجرة**)[3]؛ لأنَّه فات التمكّن.

---

(١) لأنَّ المنافعَ غير متقوّمة بنفسها، بل بالعقد ضرورة لحاجة الناس، وقد أسقط المتعاقدان بالتسمية الزيادة فيه، وإذا نقص أجر المثل لا تجب زيادة المسمّى؛ لفساد التسمية، بخلاف البيع؛ لأنَّ تقوّم الأعيان ليس بضروري، فالحاصل أنَّ المسمّى إن كان مساوياً لأجر المثل أو زاد عليه فأجر المثل، وإن كان أقل منه فالمسمّى، كما في القهستاني، هذا إذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى أو لعدم التسمية، فإن كان لجهالة المسمى أو لعدم التسمية يجب أجر مثله بالغاً ما بلغ، كما في مجمع الأنهر ٢: ٣٨١-٣٨٢.

(٢) لأنَّ تسليم عين المنفعة لا يتصوّر، فأقمنا تسليم المحلّ مقامه؛ إذ التمكن من الانتفاع يثبت به، كما في الهداية٩: ٧١، وهذا لو الإجارة صحيحة، أما في الفاسدة فلا تجب الأجرة إلا بحقيقة الانتفاع، عمادية، كما في اللباب١: ٢٦١.

(٣) لأنَّ تسليم المحلّ إنَّما أقيم مقام تسليم المنفعة؛ للتمكن من الانتفاع، فإذا فات

وإن وَجَدَ بها عيباً يضرُّ بالسُّكنى فله الفَسْخ، وإذا خَرِبَت الدَّار، أَو انقطع شُرْب الضَّيعة، أو انقطع الماءُ عن الرَّحى، انفسخت الإجارة، وإذا مات أَحَدُ المتعاقدين وقد عَقَدَ الإجارةَ لنفسه انفسخت الإجارة

(**وإن وَجَدَ بها عيباً يضرُّ بالسُّكنى**[1] **فله الفَسْخ**)، كما في الأعيان إذا وُجِد بها عيباً قبل القبض.

(**وإذا خَرِبَت الدَّار، أَو انقطع شُرْب الضَّيعة، أو انقطع الماءُ عن الرَّحى، انفسخت الإجارة**)[2]؛ لأنَّ المعقودَ عليه وهو المنفعة قد تَلِفَت.

(**وإذا مات أَحَدُ المتعاقدين وقد عَقَدَ الإجارةَ لنفسه انفسخت الإجارة**)[3]؛

التمكّن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر، وإن وُجِدَ الغصبُ في بعض المدّة سقط الأجر بقدره؛ إذ الانفساخ في بعضها، كما في الهداية ٩: ٧٢.

(١) أي: بحيث لا تفوت به المنفعة: كترك تطيينها وإصلاح منافعها، فله الفسخ؛ لأنَّ المعقودَ عليه المنافع، وأنَّها توجد شيئاً فشيئاً، فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض، فيوجب الخيار، كما في البيع، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل، كما في البيع، وإن أزال المؤجر العيب بطل خيار المستأجر؛ لزوال سببه، كما في اللباب١: ٢٦١.

(٢) لأنَّ المعقودَ عليه قد فات قبل القبض، فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر، ومِن أصحابنا مَن قال: إنَّ العقدَ لا ينفسخ؛ لأنَّ المنافعَ فاتت على وجه يتصوّر عودها، فأشبه الإباق في البيع، هداية، ومثله في شرح الأقطع، ثم قال: والصحيح هو الأول، وتبعه في الجوهرة، لكنَّ عامة المشايخ على الثاني، وهو الصحيح، كما في الذخيرة والتتارخانية والاختيار وغيرها، وفي الغاية للاتقاني نقلاً عن إجارات شمس الأئمة: إذا انهدمت الدار كلها، فالصحيح أنَّه لا تنفسخ، لكن سقط الأجر فسخ أو لا، كما في اللباب١: ٢٦٢.

(٣) لأنَّها لو بقيت تصير المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة

لأنَّها عقدٌ على المنفعة، فأَشْبَهت النِّكاح، (**وإن عقدَها لغيره لم تنفسخ**)؛ لأنَّ مَن له المنفعة باقٍ، فصار كموت مولى الأَمة المُزوّجة.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ لا تنفسخ الإجارة؛ لأنَّها عقدٌ لازمٌ لا ينفسخ بغير عذر، فصار كالرهن، إلاّ أنَّها عقد على المنافع، وأنَّها توجد شيئاً فشيئاً، فصار لبقائها حكم الابتداء، بخلاف الرهن.

(**ويصحُّ شرط الخيار في الإجارة**)[1]، كما في البيع؛ لاستوائها في الحاجة إلى النظر.

بالعقد لانتقالها إلى الوارث، وهو لا يجوز، كما في درر الحكام ٢: ٢٤١: أي الإجارة تنعقد ساعةً فساعة على حسب حدوث المنافع شيئاً فشيئاً، فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها، والملك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث؛ إذ الوارث إنَّما يملك ما كان على ملك المورث، فما لم يملكه يستحيل وراثته؛ لأنَّ المنافع لا تملك إلا بالعقد، وما يحدث منها في يد الوارث لم يعقد عليه رأساً؛ لأنَّها كانت معدومة حال حياة المورث، والوارث لم يعقد عليها، فلا يثبت الملك فيها للوارث، كما في البدائع ٤: ٢٢٣، والوقاية ص٧٤٦.

(١) لأنَّه عقد معاوضة، ولا يجب قبضه في المجلس، ويحتمل الفسخ بالإقالة، فيجوز شرط الخيار فيه؛ كالبيع؛ وهذا لأنَّ الخيارَ شُرع في البيع للتروي حتى إذا كان فيه غبن وخسارة يفسخ؛ لأنَّ الإجارةَ تقع من غير سابقة تأمّل فيمكن أن تصادفَ غير موافق، فيحتاج إلى إزالته، فيجوز له اشتراطه كالبيع، بخلاف النكاح، فإنَّه لا يقع بغتة بل يتقدمه السوم والتأمل في الموافق، فلا يحتاج فيه إلى التروي بعده فلا يحتاج إليه؛ ولأنَّ النكاح لا يقبل الفسخ بالإقالة، فلا يؤثر فيه خيار الشرط ولا يفيد، كما في التبيين ٥: ١٤٥.

وتنفسخُ الإجارة بالأَعذار: كمَن استأجر دُكاناً في السُّوق؛ ليتجر به فذهب ماله، وكمَن آجر داراً أو دكّاناً ثُمَّ أَفْلَسَ ولزمته ديونٌ لا يَقْدِرُ على قضائها إلاّ من ثمنِ ما آجر، فَسَخَ القاضي العقدَ وباعَها في الديَّن، وكمَن استأجر دابّة ليسافر عليها ثُمَّ بدا له من السّفر، وإن بدا للمكاري من السَّفر فليس ذلك بعذر

(**وتنفسخُ الإجارة بالأَعذار: كمَن استأجر دُكاناً في السُّوق؛ ليتجر به فذهب ماله، وكمَن آجر داراً أو دكّاناً ثُمَّ أَفْلَسَ ولزمته ديونٌ لا يَقْدِرُ على قضائها إلاّ من ثمنِ ما آجر، فَسَخَ القاضي العقدَ وباعَها في الدَّين، وكمَن استأجر دابّة ليسافر عليها ثُمَّ بدا له من السّفر**)[1].

والأصل فيها: أنَّ كلَّ موضع لا يقدر العاقد على المضي في موجب العقد إلاّ بضرر لم يلزمه في العقد، فهو عذر؛ لأنَّ الضرَّرَ مدفوعٌ شرعاً: كما لو استأجر لقلع ضرسه ثُمَّ زال الوجع، وفيما ذكرنا من المواضع يتعذَّر المضي في العقد إلا بضرر، فلا يلزم.

(**وإن بدا للمكاري من السَّفر فليس ذلك بعذر**)، فإنَّ خروجه غير مستحقّ، فيمكنه أن يبعثَ تلميذاً أو أجيراً، فلا يتضرر.

* * *

---

(١) لأنَّه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد؛ لأنَّه ربما يريد الحج فيفوت وقته أو طلب غريم فيحضر أو التجارة فيفتقر، كما في اللباب ١: ٢٦٣.

كتاب الشفعة

(**الشفعةُ**[1] **واجبةٌ لخليط**[2] **في نفس المبيع**)؛ لقوله ﷺ: «الشفعةُ لشريك فيما لم يقسم»[3].

---

(١) الشفعة: لغةً من شفعت الشيء شفعاً: ضممته إلى الفرد، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة؛ لأنَّ صاحبَها يشفع ماله بها، وهي اسم للملك المشفوع، كما في المصباح المنير ص٣١٧.
وشرعاً: حقّ تملُّك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن، كما في مرشد الحيران ١: ٧٤.
وسبب مشروعيتها: هو دفعُ ما ينشأ من سوء الجوار من الضرر على وجه التأبيد والقرار: كإيقاد النار، وإعلاء جدار، وإثارة الغبار، ومنع ضوء النهار، وإقامة الدواب والصغار، وعدم جريان الشفعة في المنقول ناشئ عن كون سوء المجاورة فيه ليست على وجه التأبيد، كما في شرح مرشد الحيران١: ٧٥، ودرر الحكام ٢: ٧٤٩.
(٢) الخليط في نفس المبيع: وهو الشريكُ في ملكِ المبيع، بأن يكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت أو كثيرة، فإن كانت له حصّة مفرزة عن العقار فلا يكون شريكاً فيه، والعقار يطلق على الأرض أو على البناء مع الأرض، فالاشتراك في البناء فقط لا يثبت له هذا النوع من الشفعة، كما في مرشد الحيران ١: ٧٦، ودرر الحكام ٢: ٧٥٣
(٣) فعن عن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: (إنَّما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) في صحيح البخاري٢: ٨٨٣، وصحيح ابن حبان ١١: ٥٩٢، وعن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: (لا شفعة إلا في ربع ـ أي دار ـ أو حائط، ولا ينبغي له أن يبيعَ حتى يستأمر صاحبَه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك) أخرجه البزار،

(**ثُمَّ لخليط في حقّ المبيع**[1]: **كالشرب والطريق**)؛ لقوله ﷺ: «جار الدار أحقّ بالدار، ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقها واحداً»[2].

وقال: لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر رضي الله عنه، وقال الحافظ في الدراية٢: ٢٠٣: رجاله أثبات، كما في إعلاء السنن ١٧: ٣-٤، وعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: (لا شفعة إلا في دار أو عقار) في سنن البيهقي الكبير ٦: ١٠٩، وقال في تلخيص الحبير: سنده جيد. وينظر: إعلاء السنن ١٧: ٤.

(١) الخليط في حق المبيع: شريك في حقوق الملك: وهو عبارة عن الشركة في حق الشرب الخاص: كنهر لا تجري فيه السفن، أو الطريق الخاص، سواء كان خاصاً بدار واحدة أو بمجموعة دور مفتوحة أبوابها في زقاق غير نافذ، فإذا بيعت دار في زقاق غير نافذ فجميع أهله شفعاء، يستوي فيه الملاصق والمقابل والأعلى والأسفل، كما في الوقاية ص٧٨٩، ومجلة الأحكام العدلية٢: ٧٥٣، ومرشد الحيران١: ٧٧.

(٢) فعن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: (الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً) في سنن أبي داود ٣: ٢٨٦، وسنن ابن ماجه ٢: ٨٣٣، ومصنف ابن أبي شيبة ٤: ٥١٨، وشرح معاني الآثار ٤: ١٢٠، وقال التهانوي في إعلاء السنن ١٧: ٩، ١٤: «رجاله ثقات، بل روى البخاري ومسلم معناه»، وعن جابر رضي الله عنه قال: (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كلّ شركة لم تقسم رَبْعَةٍ أو حائطٍ، لا يحلّ له أن يبيعَ حتى يؤذن شريكَه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به) في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩، وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال: (قضى ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور) في مسند أحمد ٥: ٣٢٦، وفيه انقطاع، قال التهانوي في إعلاء السنن ١٧: ١٠: «لكن الانقطاع غير مضر لا سيما إذا تأيد برواية جابر وغيره».

(**ثُمَّ للجار**)[1]؛ لقوله ﷺ: «**الجارُ أحقّ بسَقَبه، قيل: وما سَقَبه؟ قال: شفعته**»[2].

ولا حجّة للشافعيّ رضي الله عنه في قوله ﷺ: «إذا وقعت الحدود فلا شفعة»[3]؛ لأنّه قيل: هذا قول الرّاوي؛ ولئن ثبت كان متروك العمل؛ لأنَّ أحدَ الشريكين إذا باع فسَلَّم الشريك لا ينفي أن يأخذَه الجار، وكذا مَن باع بعضَ داره غير مقسوم.

---

(١) الجارُ الملاصقُ نوعان:
أولاً: حقيقيّ: وهو مَن له عقارٌ متصلٌ بالعقار المبيع، وليس بينهما ممر؛ لضيق التصاق العقارين، حتى لو كان بينهما طريق نافذ فلا شفعة للجار.
ثانياً: حكميّ: وهو مَن له عقارٌ متصلٌ حُكماً، كما لو بيعت شقّة من عمارة، فيكون حقّ الشفعة سواء لاصقته تلك الشقة من العمارة، أو كانت في أقصى العمارة فلم تلاصق نصيبه.
وإذا كان السفلُ لشخص والعلو لآخر، يعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً، وكذلك مَن كان له خشبة موضوعة على حائط لا ملك فيه، أو كان شريكاً في خشبة موضوعة على حائط، يعتبر جاراً ملاصقاً لا شريكاً، كما في درر الحكام٢: ٧٥٥، ومرشد الحيران١: ٧٨.

(٢) فعن أبي رافع مولى النبي ﷺ: (الجار أحق بسَقَبه) في صحيح البخاري ٢: ٧٨٧، وسنن الترمذي ٢: ٦٥٢، وسنن أبي داود ٣: ٢٨٦، والسَقب: القرب، كما في طلبة الطلبة ص١١٩، والمغرب ص٢٢٨، وعن سمرة رضي الله عنه، قال ﷺ: (جارُ الدار أَحقّ بدار الجار أو الأرض) في سنن أبي داود ٣: ٢٨٦.

(٣) فعن عن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: (إنَّما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) في صحيح البخاري٢: ٨٨٣، ومعناه: فإذا

وليس للشَّريك في الطَّريق والشِّرب والجار شُفعةٌ مع الخليط، فإن سَلَّمَ الخليط فالشفعةُ للشَّريك في الطَّريق والشِّرب، فإن سَلَّمَها أخذها الجار، والشُّفعة تجب بعقد البيع، وتستقرُّ بالإشهاد

(**وليس للشَّريك في الطَّريق والشِّرب والجار شُفعةٌ مع الخليط**)؛ لأنَّه اختصَّ بالضرر، والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل، (**فإن سَلَّمَ الخليط فالشفعةُ للشَّريك في الطَّريق والشِّرب، فإن سَلَّمَها أخذها الجار**)؛ تقديماً للأخصّ فالأخصّ.

(**والشُّفعة تجب بعقد البيع**)[1]؛ لانعقاد سبب الضرر.

(**وتستقرُّ بالإشهاد**)؛ لأنَّه حقّ يسقط بالإعراض؛ لقوله ﷺ: «الشفعةُ كحَلّ العقال»[2]، والإشهاد ينافي الإعراض.

وقعت الحدود فتباينت وصرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة، أو لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه، أو فلا شفعة بالقسمة، كما في بدائع الصنائع ٥: ٥، قال الزيلعي في التبيين٥: ٢٤٠: «والمراد بما روي والله أعلم أنَّها لا تجب للجار بقسمة الشركاء؛ لأنَّهم أحقّ منه وحقّه متأخر عن حقّهم، وبذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث».

(١) ومعناه: بَعده لا أنَّه هو السبب؛ لأنَّ سببَها الاتصال، كما في الهداية٩: ٣٧٩، لأنَّهم استووا في سبب الاستحقاق، وهو الاتصال، وهذا قول عامة المشايخ؛ لأنَّها إنَّما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل لسوء المعاملة والمعاشرة، والضرر إنَّما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع، ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقيق ذلك، كما في العناية٩: ٣٧٩.

(٢) فعن ابن عمر ﵄، قال ﷺ: (الشفعة كحَلِّ عقال، إن قيد مكانه ثبت، وإلا فاللوم عليه) أخرجه ابن ماجه والبزار وابن عدي، قال ابن حجر في الدراية٢: ٢٠٣: إسناده

وتُمْلَكُ بالأَخذ إذا سلَّمها المشتري أو حَكَمَ بها حاكم، وإذا عَلِمَ الشفيعُ بالبيع أَشْهَدَ

(**وتُمْلَكُ بالأَخذ إذا سلَّمها المشتري أو حَكَمَ بها حاكم**)؛ لأنَّه يملك مال الغير، فيشترط الرضاء أو القضاء.

(**وإذا عَلِمَ الشفيعُ بالبيع أَشْهَدَ**[1]..

ضعيف. وينظر: تلخيص الحبير ٣: ٥٦، وعن القاضي شريح ﷺ: (الشفعة لمن واثبها) في مصنف عبد الرزاق ٨: ٨٣، وغيره. وينظر: الدراية ٢: ٢٠٣، والتلخيص ٣: ٥٧؛ ولأنَّه حقّ ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس؛ إذ الأخذ بالشفعة تَمَلُّك مال معصوم بغير إذن مالكه؛ لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم، فلا يستقر إلا بالطلب على المواثبة، كما في البدائع ٥: ١٧.

(١) هذا ما يُسمَّى بالمواثبة: وهو أن يُبادرَ الشفيعُ بطلب الشفعة فوراً في مجلس علمه بالبيع والمشترى والثمن، ولو علم بذلك بعد حين بدون أن يصدر منه ما يدل على الإعراض، وأن يُشهد على طلبه؛ خشية جحود المشتري، لكن الإشهاد غير لازم، فليس بشرط لصحة الطلب، حتى لو طلب على المواثبة ولم يُشهد صح طلبه بينه وبين الله ﷻ، وإنَّما الإشهادُ للإظهار عند الخصومة على تقدير الإنكار، وإذا طلب المواثبة، فإن كان هناك شهود أشهدهم وتوثق الطلب، وإن لم يكن بحضرته مَن يُشهده فبعث في طلب شهود لم تبطل شفعته؛ لأنَّ الإشهاد لإظهار الطلب عند الحاجة، كما في مرشد الحيران ١: ٩٠، والبدائع ٥: ١٧.

ووقت المواثبة: وقت علم الشفيع بالبيع، حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته؛ لأنَّه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره، وعلم الشفيع بالبيع يمكن أن يحصل بسماعه بالبيع بنفسه، ويمكن أن يحصل بإخبار غيره بشرط العدالة أو العدد، هذا عند أبي حنيفة ﷺ، وقال أبو يوسف ومحمّد ﷺ: لا يشترط فيه العدد ولا العدالة، كما في البدائع ٥: ١٧.

في مجلسه ذلك على المطالبة، ثُمَّ ينهض منه فيشهد على البائع إن كان المبيع في يده أو على المبتاع أو عند العقار

في مجلسه ذلك[1] **على المطالبة)** كما مَرَّ.

(ثُمَّ ينهض منه فيشهد[2] **على البائع إن كان المبيع في يده أو على المبتـاع)**؛ لأنَّ المطالبةَ تقتضي مطالباً، **(أو عند العقار)**؛ لأنَّ الملكَ يَتَعَلَّقَ به، وللـشافعي ﷺ قـول كقولنا، وفي قول: إنَّها على التأبيد، وفي ذلك من الضرر ما لا يخفى.

---

(١) أي: في مجلس العلم؛ لأنَّ حقَّ الشفعة ثبت نظراً للشفيع دفعاً للضرر عنه، فيحتـاج إلى التأمّل أنَّ هذه الدار مثلاً تَصْلُح بمثل هذا الـثمن؟ وأنَّـه هـل يتـضرّر بجـوار هـذا المشتري فيأخذ الشفعة؟ أو لا يتضرّر فيترك؟ وهذا هذا مـروي عـن محمّـد ﷺ، وذكـر الكَرْخيّ ﷺ أنَّ هذا أصـحّ، واختـاره بعـضُ مـشايخ بُخـارى، ومـشت عليـه المتـون: كالوقاية ص٧٨٩، وهو الأصحّ، كما في الدرر ٢: ٢٠٩، وفي رواية الأصـل: أن يكـون على فور العلم بالبيع إذا كان قادراً عليه، حتى لو علم بالبيع وسكت عـن الطلـب مـع القدرة عليه بطل حق الشفعة، ورَجَّحَها الكاسانيُّ ﷺ في بدائع الـصنائع ٥: ١٧، وإليـه ذهب مشايخ بلخ وعامة مـشايخ بخـارى، وعليـه الفتـوى، كـما في الجـواهر، قـال في التصحيح ص٢٦١: «قال في الحقائق: والطلب على الفور، هكذا روي عـن أبي حنيفـة ﷺ، وهو ظاهر المذهب، وهو الصحيح، وقال في مختارات النوازل: وعن محمد ﷺ: أنَّه يوقف إلى آخر المجلـس، فـإن قـام منـه أو اشـتغل بـشيء آخـر بطلـت شـفعته، وهــو الصحيح»، وقال ابن عابدين في رد المحتار ٥: ١٤٣: وهذا تـرجيح صريـح مـع كونـه ظاهر الرواية، فيقدم على ترجيح المتون بمشيهم على خلافه؛ لأنَّه ضمني.

(٢) يسمّى هذا طلب التقرير: وهو أن يُشهدَ الشفيعُ على البائع إن كان العقارُ المبيـع في يده، أو على المشتري وإن لم يكن العقار في يده، أو عند المبيع بأنَّـه طلـب، ويطلـب فيـه الشفعة الآن، فيقول: «اشترى فلان هذه الدار وأنا شفيعها، وقد كنت طلبت الشفعة

(**فإذا فعل ذلك**[1] **استقرَّت شفعته**)؛ لأنَّ الحَقَّ قد تأكّد فلا يسقطُ كالردّ بالعيب، (**ولم تسقط بالتأخير عند أبي حنيفة** ﷺ)[2].

وأطلبها الآن، فاشهدوا عليه»، كما في الوقاية ص٧٩٠.

والمدة الفاصلة بين هذا الطلب والطلب الأول مقدرة بالتمكن منه، فإن تمكن بكتاب أو رسول ولم يُشهد، بطلت شفعته، وإن لم يتمكن منه، فلا تسقط، وإن أشهد الشفيع في طلب المواثبة عند أحدٍ من هؤلاء المذكورين، كفاه ذلك الإشهاد، فقام مقام الطلبين، كما في مرشد الحيران١: ٩١-٩٢.

والإشهاد على هذا الطلب ليس بشرط لصحته، كما ليس بشرط لصحة طلب المواثبة، وإنَّما هو لتوثيقه على تقدير الإنكار، كما في بدائع الصنائع ٥: ١٧-١٨.

(١) أي: طلب المواثبة وطلب التقرير، بقي عليه طلب ثالث: وهو طلب التمليك، بأن يطلب المخاصمة والمرافعة عند القاضي، فيقول: «اشترى فلان داراً كذا، وأنا شفيعها بدار كذا لي، فمُرْهُ يُسَلِّم إليّ»، فإذا أخره الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير شهراً واحداً على المفتى به بلا عذر، بطلت شفعته، وإن أخره بعذر مقبول، فلا تسقط؛ لأنَّ حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع، ولا يجوز دفع الضرر عن الإنسان على وجه يتضمن الإضرار بغيره، وفي إبقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبداً إضرار بالمشتري؛ لأنَّه لا يبني ولا يغرس خوفاً من النقض والقلع فيتضرر به، فلا بد من التقدير بزمان؛ لئلا يتضرر به، فقدرنا بالشهر؛ لأنَّه أدنى الآجال، فإذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر، فقد فرط في الطلب، فتبطل شفعته، وإذا أتى الشفيع بطلبين صحيحين استقرّ الحقّ حتى ينقضي شهر، كما في مرشد الحيران١: ٩٤-٩٥، والبدائع٥: ١٩.

(٢) وهو ظاهر الرواية، وفي الهداية ٤: ٢٨، والملتقى ص١٧٨، والدر المختار ٥: ١٤٤، والغرر ٢: ٢١٠، وتنوير الأبصار ص٢٠٣: وعليه الفتوى، وهو قول أبي حنيفة

وقال محمد: إن تركها بعد الإشهاد شهراً بطلت، والشفعةُ واجبةٌ في العقار وإن كان ممّا لا يَقْسَم

(**وقال مُحمَّد**) وزُفَر ﷺ[1]: (**إن تركها بعد الإشهاد شهراً**) بغير عذر (**بطلت**)؛ دفعاً للضرّر عن المشتري، وتقديرُه بالشَّهر؛ لأنَّه يُسْتَكْثَرُ عادة، والرِّواية عن أَبي يوسف ﷺ مضطربة.

(**والشفعةُ واجبةٌ في العقار وإن كان ممّا لا يَقْسَم**)؛ لعموم قوله ﷺ: «الشُّفْعةُ في كلِّ شيءٍ عقار، أو رَبْع، أو حائط»[2]؛ ولأنَّ الرَّحىٰ كالدار في لزوم الأذىٰ.

وإحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف ﷺ، وفي رواية أخرىٰ قال: إذا ترك المخاصمة إلىٰ القاضي في زمان يقدر فيه علىٰ المخاصمة بطلت شفعته، ولم يوقت فيه وقتاً، وروي عنه أنَّه قدّره بما يراه القاضي، كما في البدائع ٥: ١٩.

(١) وهو رواية عن أبي يوسف ﷺ، وقال شيخ الإسلام وقاضي خان ﷺ: به يفتىٰ، ومشىٰ عيه في الوقاية ص٧٩٠، والنقاية ص٢٥١، والذخيرة، والمحيط، والخلاصة، والمضمرات، والمغني، وفي الشرنبلالية ٢: ٢١٠: إنَّه أصح ما يفتىٰ به، وإليه مال ابن عابدين في رد المحتار ٥: ١٤٤، وأيده.

قال في التصحيح ص٢٦٢-٢٦٣ بعد نقل عبارة الهداية: إنَّ قول أبي حنيفة ﷺهو ظاهر المذهب، وعليه الفتوىٰ، واعتمده النسفي كذلك، لكنَّ صاحب الهداية خالف هذا في مختارات النوازل، وقال: إنَّ الفتوىٰ علىٰ قول محمد ﷺ. ومثله قال الحسام الشهيد في الصغرىٰ، قلت: ووقع نظير ذلك للحسام الشهيد، فقال في الواقعات: لا تبطل أبداً، وبه نأخذ، وقال في الصغرىٰ: والفتوىٰ اليوم علىٰ قولهما، فيحمل علىٰ الرجوع إلىٰ هذا، والله أعلم.

(٢) فعن جابر ﷺ، قال: «قضىٰ رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، رَبْعة أو

ولا شفعة في العروض والسُّفُن، والمسلمُ والذِّميُّ في الشُّفْعةِ سواء، وإذا مَلَكَ العقارَ بعوضٍ هو مالٌ وَجَبَت فيه الشُّفعة

والشَّافِعيّ رضي الله عنه فرَّق، وهو غيرُ واضح.

(**ولا شفعة في العروض والسُّفُن**)[1]؛ لأنَّها شرعت على خلاف القياس في العقار؛ لتعذّر نقله، ودوام ضرر الدخيل، ولا كذلك هنا، [ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيع دون الأرض][2].

(**والمسلمُ والذِّميُّ في الشُّفْعةِ سواء**)؛ لقوله ﷺ: «لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم»[3].

(**وإذا مَلَكَ العقارَ بعوضٍ هو مالٌ وَجَبَت فيه الشُّفعة**[4].

حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به» في صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩، وسنن النسائي ٧: ٣٢٠.

(١) لأنَّ العقارَ مستمرُ الوجود مع خطارته ـ أي أهميته ـ عند المالك، فشرعت فيه الشفعة؛ لدفع الضرر الدائم، بخلاف المنقول؛ إذ تتناوله الأيدي؛ لأجل الانتفاع به، فهو سريع التقلب، فضرره ليس كضرر العقار، كما في شرح مرشد الحيران١: ٨٣.

(٢) زيادة من جـ.

(٣) فعن أنس رضي الله عنه، قال ﷺ: (أمرت أن أقاتَل الناسَ حتى يشهدوا أنَّ لا إله إلا الله، وأنَّ محمّداً عبده ورسوله، وأن يستقبلوا قبلتنا، ويأكلوا ذبيحتنا، وأن يصلّوا صلاتنا، فإذا فعلوا ذلك حَرُمَت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقّها، لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين) في سنن الترمذي٥: ٤، وسنن أبي داود٢: ٥١، وسنن النَّسائي الكبرى٢: ٢٨٠، والمجتبى ٨: ١٠٩، وصحيح ابن حبان١٣: ٢١٥، ومسند أحمد٣: ٢٢٤.

(٤) لأنَّه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملّك بمثل ما تملّك به المشتري صورة

ولا شفعة في الدار التي يتزوّج الرَّجلُ عليها، أو يُخالع المرأةَ بها، أو يستأجر بها داراً، أو يُصالحُ بها عن دم عمد، أو يُعْتِقُ عليها عبداً، أو يُصالحُ عنها بإنكار أو سكوت، فإن صالح عنها بإقرار وجبت الشفعة

(**ولا شفعة في الدار التي يتزوّج الرَّجلُ عليها، أو يُخالع المرأةَ بها، أو يستأجر بها داراً، أو يُصالحُ بها عن دم عمد، أو يُعْتِقُ عليها عبداً، أو يُصالحُ عنها بإنكار أو سكوت**)[1]؛ لأنَّ الشفعةَ شُرِعَتْ في معاوضة المال بالمال، وهذه العقودُ ليست كذلك، وفي زعم المنكر أنَّه بذل المال افتداءً ليمينه.

(**فإن صالح عنها بإقرار وجبت الشفعة**)؛ لوجود المعاوضة المطلقة، معنى فإن صالح عنها بسكوت ففيه روايتان: والأظهر أن لا شفعة؛ لاحتمال الأمرين فيه، فإن صالح عليها بإقرار أو بإنكار أو بسكوت وجبت الشفعة؛ لأنَّ زعم الآخذ أنَّه يأخذها بدلاً عن مال.

أو قيمة، كما في الهداية٩: ٤٠٥، فَمِن شرطها أن تتملك بما هو مال، كما في العناية ٩: ٤٠٥، بأن يكون مما له مثل: كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة؛ فالشفيع يأخذ بمثله؛ لأنَّ فيه تحقيق معنى الأخذ بالشفعة، إذ هو تمليك بمثل ما تملك به المشتري، أو أن يكون مما لا مثل له: كالمزروعات والمعدودات المتفاوتة كالثوب؛ فالشفيع يأخذ بقيمته؛ لأنَّ الأخذ بالشفعة يملك بمثل ما تملك به المشتري، والأخذ بقيمته تملكاً بالمثل معنى؛ لأنَّ قيمته مقدار ماليته بتقويم المقومين، كما في بدائع الصنائع ٥: ٢٧.

(١) لأنَّ الشفيعَ لا يقدر على تملّك هذه الأشياء للمشتري حتى يتحقّق التملك بمثل ما تملك به، وكان تفريع هذه المسائل على الأصل المذكور، وهو قوله؛ لأنَّه أمكن مراعاة شرط الشرع، كما في العناية٩: ٤٠٥.

فإن تقدَّمَ الشَّفيعُ إلى القاضي، فادَّعى الشِّراءَ وطَلَبَ الشُّفْعةَ، سأل القاضي المُدَّعى عليه، فإن اعترفَ بملكه الذي يشفع به فيها، وإلاّ كلَّفه إقامة البيّنة، فإن عجز عن البيّنة استحلفَ المشتري بالله ما يعلم أنَّه مالك للذي ذكره ممّا يشفع به، فإن نكل أو أقام الشفيع بَيِّنةً سأله القاضي هل ابتاع أم لا، فإن أنكرَ الابتياعَ قيل للشفيع: أقم البيّنة، فإن عجز عنها استحلفَ المشتري

وابن أبي ليلى والشَّافِعيّ ﷺ: أوجبا الشُّفعة في الجميع بالقيمة؛ دفعاً للضرر، إلاّ أنَّ ذلك تغيير للموضوع الشرعي، فلا يعتبر.

(**فإن تقدَّمَ الشَّفيعُ إلى القاضي، فادَّعى الشِّراءَ وطَلَبَ الشُّفْعةَ، سأل القاضي المُدَّعى عليه، فإن اعترفَ بملكه الذي يشفع به فيها، وإلاّ كلَّفه إقامة البيّنة**[1].

فإن عجز عن البيّنة استحلفَ المشتري بالله ما يعلم أنَّه مالك للذي ذكره ممّا يشفع به)؛ لأنَّه لا يصير خصيماً في الشفعة إلاّ بالملك، وطريقُ ثبوته ما ذكرنا، وإنَّما يحلف على العلم؛ لئلا يكون حملاً على الكذب؛ لأنَّه حالفعلى فعل الغير، وزُفَر رضي الله عنه يكتفي بظاهر اليد، ولا يكلّفه إقامة البيّنة، إلاّ أنَّ الظاهرَ يكفي للدفع لا للاستحقاق.

(**فإن نَكَلَ**) عن اليمين، (**أو أقام الشفيع بَيِّنةً سأله القاضي هل ابتاع أم لا**)؛ لأنَّه صار خصماً؛ إذ النكول بذل أو إقرار على ما عرف، (**فإن أنكرَ الابتياعَ قيل للشفيع: أقم البيّنة**)؛ لأنَّه مُدَعي بسبب الأخذ، (**فإن عجز عنها استحلفَ المشتري**

---

(١) لأنَّ اليد ظاهر محتمل، فلا تكفي لإثبات الاستحقاق، فيسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها؛ لأنَّه ادعى حقّاً فيها، وإذا بيَّن ذلك يسأله عن سبب شفعته؛ لاختلاف أسبابها، فإن قال: أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخَصَّاف، كما في الهداية٩: ٣٨٥.

بالله ما ابتاع، أو بالله ما يَسْتَحِقُّ عَلَيَّ في هذه الدَّار شفعةً من الوجه الذي ذكره، وتجوز المنازعةُ في الشُّفْعة وإن لم يُحْضِر الشفيع الثمن في مجلس القاضي، وللشَّفيعِ أن يردَّ الدارَ بخيارِ العيبِ والرُّؤية، وإذا أَحْضَرَ الشَّفِيعُ البَائعَ والمبيعُ في يدِه فله أن يُخاصمَه في الشُّفعة، فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشُّفْعةِ على البَائع ويَجْعَلُ العهدةَ

بالله ما ابتاع، أو بالله ما يَسْتَحِقُّ عَلَيَّ في هذه الدَّار شفعةً من الوجه الذي ذكره).

والأول: قول أبي يوسف رضي الله عنه.

والثاني: قول مُحمَّد رضي الله عنه، وبكلٍّ واحدٍ منهما تندفع الخصومة فيخير.

(**وتجوز المنازعةُ في الشُّفْعة وإن لم يُحْضِر الشفيع الثمن في مجلس القاضي**)[1]؛ لأنَّه نوع تملّك، فصار كالبيع، وعن مُحمَّد رضي الله عنه: أنَّه لا يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن؛ ليكون تمكيناً بإزاء تمكين، إلاّ أنَّ التمكنَ مرتب على القضاء، فما لم يقض لا يتمكن الشفيع، فلا يتمكن المشتري، وإذا قضى له القاضي بالشفعة، لزمه إحضار الثمن، ويؤدِّي الثمن، ثُمَّ يأخذ الدارَ؛ اعتباراً للمعادلة.

(**وللشَّفيعِ أن يردَّ الدارَ بخيارِ العيبِ والرُّؤية**)؛ اعتباراً بالبيع.

(**وإذا أَحْضَرَ الشَّفِيعُ البَائعَ والمبيعُ في يدِه فله أن يُخاصمَه في الشُّفعة**)؛ لأنَّه صاحبُ اليد، فصار كالمالك، ولا يسمع القاضي البيّنة حتى يحضر المشتري، (**فيفسخ البيع بمشهد منه**)؛ لأنَّه ينفذ القضاء عليه، فلا بُدّ من حضوره، أو حضور نائبه.

(**ويقضي بالشُّفْعةِ على البَائع**)؛ لانفساخ ملك المشتري، (**ويَجْعَلُ العهدةَ**

---

(١) وهذا ظاهر رواية الأصل، قال في التصحيح: واعتمد ظاهر الرواية المصنفون، واختاروه للفتوى، كما في اللباب١: ٢٦٩.

عليه، وإذا تَرَكَ الشَّفيعُ الإشهادَ حين عَلِمَ البيع وهو يَقْدِرُ على ذلك بَطَلَتْ شفعتُه، وكذلك إن أَشْهَد في المجلسِ ولم يُشْهِدْ على أَحدِ المتعاقدين ولا عند العَقار، فإن صالحَ من الشُّفعةِ على عوضٍ أَخَذَه بَطَلَت الشُّفعة، ويَرُدُّ العوض

عليه)[1]؛ لأنَّ الأخذَ منه.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ يجعلها على المشتري وإن كان الأخذ من البائع؛ لأنَّه حَقٌّ ثبت للغير بعد انعقاد البيع، فصار كالعتق في ذوي الأرحام، إلاّ أنَّ العهدةَ هي ضمان الثمن، فيكون على آخذ الثمن، واستحقاق العتق سبب من جهة المشتري، وهو القرابة، ولا كذلك هذا.

(**وإذا تَرَكَ الشَّفيعُ الإشهادَ حين عَلِمَ البيع وهو يَقْدِرُ على ذلك بَطَلَتْ شفعتُه، وكذلك إن أَشْهَد في المجلسِ ولم يُشْهِدْ على أَحدِ المتعاقدين ولا عند العَقار**)؛ لما مرَّ، ولقوله ﷺ: «الشفعةُ لَمن واثبها»[2].

(**فإن صالحَ من الشُّفعةِ على عوضٍ أَخَذَه بَطَلَت الشُّفعة**)؛ لوجود الإعراض، (**ويَرُدُّ العوض**)؛ لأنَّ المالَ لا يستحقّ إلا بإزاء المال، أو ما يكون في معنى المال كالمنافع، والحقوق ليست كذلك.

---

(١) لأنَّ المبيع إذا كان في يد البائع فحقه متعلّق به؛ لأنَّ له حبسه حتى يستوفي الثمن، وإنَّما لم يسمع البينة حتى يحضر المشتري؛ لأنَّ الملك له، وإن كانت الدار قد قبضت لم يعتبر حضور البائع؛ لأنَّه قد صار أجنبياً لا يد له ولا ملك، كما في الجوهرة ١: ٢٧٩.

(٢) فعن شريح ﷺ، قال: «إنَّما الشفعة لمن واثبها» في مصنف عبد الرزاق ٨: ٨٣، وذكره قاسم بن ثابت في أواخر غريب الحديث، وفي المعنى ما أخرجه ابن ماجه والبزار وابن عدي من حديث ابن عمر ﷺ رفعه: «الشفعة كَحَلّ العقال». ينظر: الدراية ٢: ٢٠٣.

وإذا مات الشَّفيعُ بطلت شُفعتُه، وإن مات المشتري لم تَبْطُلْ، وإن باع الشَّفيعُ ما يَشْفَعُ به قبل أن يقضى له بالشُّفعةِ بطلت شفعتُه، ووكيلُ البائع إذا باع وهو الشَّفيع فلا شفعة له، وكذلك إن ضَمِن الدَّرَك عن البائع الشَّفيع

(**وإذا مات الشَّفيعُ بطلت شُفعتُه**)[1]؛ لأنَّها مشيئة فتبطل بموته: كالخيار.

والشَّافِعيّ ﷺ مَرَّ علىٰ أصلِه كما في الخيار، وقد ذكرناه.

(**وإن مات المشتري لم تَبْطُلْ**)؛ لأنَّ الحَقَّ لا يبطل بموتِ مَن عليه كالأَجل.

(**وإن باع الشَّفيعُ ما يَشْفَعُ به قبل أن يقضى له بالشُّفعةِ بطلت شفعتُه**)؛ لأنَّ سببَ الأخذ وهو الجوار قد زال.

(**ووكيلُ البائع إذا باع وهو الشَّفيع فلا شفعة له**)؛ لأنَّه مطالبٌ بالتسليم، إذ الحقوق راجعة إليه.

(**وكذلك إن ضَمِن الدَّرَك**[2] **عن البائع الشَّفيع**)[3]؛ لأنَّه التزمَ التسليم، والأخذُ ينافيه.

---

(١) وهذا بعد بيع المشفوع وقبل القضاء بالشفعة؛ لأنَّ بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع، وقيام الملك من وقت البيع إلىٰ وقت القضاء شرط، فتبطل بدونه.

وقيدنا موته بها بعد البيع وقبل القضاء؛ لأنَّ البيعَ إذا كان بعد الموت ثبتت الشفعة للوارث ابتداء، وإن كان الموتُ بعد القضاء ولو قبل نقد الثمن، فالبيع لازم للورثة، كما في اللباب١: ٢٦٩-٢٧٠.

(٢) الدَّرَك: ما يأخذه المشتري من البائع رهناً بالثمن خوفاً من استحقاق المبيع، كما في معجم الفقهاء ص٢٠٨.

(٣) أي: فلا شفعة له؛ لأنَّ تمامَ المبيع إنَّما كان من جهته، فليس له أن ينقضَ ما تمَّ من

ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشُّفعة، ومَن باع بشرطِ الخيـار فـلا شُـفْعة للـشَّفيع، فإن أَسقط الخيار وجبت الشفعة، وإن اشترى بشرط الخيار وَجَبَت الـشفعة، وَمَـن ابتاع داراً شراءً فاسداً فلا شُفعة فيها، فإن أَسْقَطَ الفسخ وَجَبَتْ الشُّفْعةُ

(**ووكيل المشتري إذا ابتاع**)، وهو الشفيع، (**فله الشُّفعة**)؛ لعدم التنافي فيه.

(**ومَن باع بشرطِ الخيار فلا شُفْعة للشَّفيع**)؛ لعدم زوال الملك، (**فإن أَسـقط**) البائع (**الخيار وجبت الشفعة**)؛ لأنَّ الملكَ قد زال.

(**وإن اشترى بشرط الخيـار وَجَبَـت الـشفعة**)[1]؛ لـزوال ملـك البـائع، فـإنَّ الشفعةَ تَجِبُ برغبة البائع عن ملكه.

(**وَمَن ابتاع داراً شراءً فاسداً فلا شُفعة فيها**)[2]؛ ولكلِّ واحدٍ مـن المتعاقـدين الفسخ؛ لتزلزل الزَّوال باستحقاقِ الفسخ حَقّاً للشَّرع، (**فإن أَسْقَطَ الفسخ**)[3]، بأن باعَها من آخر، أو زاد فيها بناءً، أو غرساً، (**وَجَبَتْ الشُّفْعةُ**)؛ لأنَّ المانعَ قد زال.

جهته، كما في تكملة البحر٨: ١٦١.

(١) أما عندهما فظاهر؛ لأنَّ المشتري يملكها، وأما عنده؛ فلخروجه عن ملـك البـائع، ووجوب الشفعة يبتنى عليه، ألا ترى أنَّ البـائع إذا أقـرّ بـالبيع وأنكـر المـشتري تجـب الشفعة، كما في التبيين٥: ٢٥٤.

(٢) أما قبل القبض؛ فلعدم زوال ملك البائع، وبعد القبض؛ لاحـتمال الفـسخ، وحـقّ الفسخ ثابت بالشرع؛ لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد، فلا يجوز، كما في الهداية٩: ٤٠٨-٤٠٩.

(٣) لأنَّ البيع الفاسد قد يُمَلَّك به عندنا إذا اتصل به القبض، وإنَّما منـع مـن الـشفعة؛ لثبوت حق البائع في الفسخ، فإذا سقط حقّه من الفسخ زال المانع، فلهذا وجبت، كما في الجوهرة١: ٢٨٠.

وإن اشترى ذميٌّ داراً بخمر أو خنزير وشفيعُها ذميٌّ أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير، وإن كان شفيعُها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير، ولا شُفعة في الهبةِ إلاّ أن تكون بعوضٍ مشروط

(**وإن اشترى ذميٌّ**[1] **داراً بخمر أو خنزير وشفيعُها ذميٌّ أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير**)؛ لأنّهما مالان في حقِّهم، والخمر مثليّ دون الخنزير، وصار كالمسلم إذا باع بعصير أو شاة.

(**وإن كان شفيعُها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير**)[2]؛ لأنَّ المسلمَ ممنوعٌ من التصرّف فيهما أصلاً.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: لا يجب؛ بناءً على أنَّه بيعٌ بغير مال.

(**ولا شُفعة في الهبةِ إلاّ أن تكون بعوضٍ مشروط**)[3]؛ لأنَّ الشفعةَ شُرِعَت في المعاوضة المطلقة، وباشتراط العوض صار بيعاً، ولا تجب الشفعة حتى يتقابضا، خلافاً لزُفَر ﷺ ـ على ما يأتي إن شاء الله ﷻ ـ.

---

(١) أي: من ذميّ؛ لأنَّه لو كان من مسلم كان البيع فاسداً، فلا تثبت به الشفعة، كما في اللباب١: ٢٧١.

(٢) لأنَّ الأخذَ تملّك، والمسلم ليس من أهل تملّك الخمر والخنزير، ومتى تعذّر عليه التملّك بالعين تملّك بالقيمة؛ كما لو كان الشراءُ بالعرض أنَّه يأخذها بقيمة العرض، كذا هذا، كما في البدائع٥: ١٧.

(٣) بأن يقول: وهبت لك هذه الدار على كذا من الدراهم، أو على شيء آخر، هو مال، وتقابضا بالإذن صريحاً أو دلالة، فإن لم يتقابضا، أو قبض أحدهما دون الآخر، فلا شفعة فيها، ثم في الهبة بشرط العوض يشترط الطلب وقت القبض، حتى لو سلم الشفعة قبل قبض البدلين فتسليمه باطل، مستصفى، كما في الجوهرة١: ٢٨١.

وإذا اختلف الشَّفيعُ والمشتري في الثَّمن فالقولُ للمشتري مع يمينه، فإن أَقاما البَيِّنَةَ فالبَيِّنةُ للشَّفيع عند أبي حنيفة ومُحمَّد ﭬ، وإذا ادّعى المشتري ثمناً أكثر وادّعى البائعُ أقلَّ منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطّاً عن المشتري، وإن كان قَبَضَ الثَّمَنَ أخذها بما قال المشتري ولم يلتفت إلى قول البائع

(**وإذا اختلف الشَّفيعُ والمشتري في الثَّمن فالقولُ للمشتري مع يمينه**)[1]؛ لأَنَّه منكرٌ استحقاق الشقص[2] بما ذكره، كما جُعِلَ القولُ للبائع إذا اختلف الشفيعوالمشتري في الثمن، فالقول قول المشتري مع يمينه، (**فإن أَقاما البَيِّنَةَ فالبَيّنةُ للشَّفيع عند أبي حنيفة ومُحمَّد ﭬ**)[3]؛ لأنَّها مثبتة استحقاق الأخذ، وقال أبو يوسف ﭬ: البيّنة للمشتري أيضاً؛ لأنَّها مثبتة زيادة الثمن، إلاّ أنَّ في هذا إبطال قسمة الشرع، فلا يعرج عليه.

(**وإذا ادّعى المشتري ثمناً أكثر وادّعى البائعُ أقلَّ منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطّاً عن المشتري**)؛ لأنَّه إن صُدِّقَ فلا إشكال، وإن كُذِّبَ فله ولاية الحطّ، ويلتحق بالأصل، (**وإن كان قَبَضَ الثَّمَنَ أخذها بما قال المشتري ولم يلتفت إلى قول البائع**)؛ لأَنَّه صار أجنبياً لا ولاية له.

---

(١) لأنَّ الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل، والمشتري ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه، ثم الشفيع بالخيار: إن شاء أخذ بما قال المشتري، وإن شاء ترك، وهذا إذا لم تقم للشفيع بينة، فإن أقام بينة قضي له بها، كما في اللباب١: ٢٧١.

(٢) الشقص: الجزء من الشيء والنصيب، والشقيص مثله، ومنه التشقيص: التجزية، كما في المغرب ١: ٤٥٠.

(٣) قال في التصحيح ص٢٦٤: «ورجح دليلهما في الشروح، واعتمده المحبوبي والنسفي وأبو الفضل الموصلي وصدر الشريعة».

وإن حَطَّ البائعُ عن المشتري بعضَ الثَّمن سَقَطَ ذلك عن الـشَّفيع، وإن حـطَّ جميـعَ الثمن لم يسقط عن الشفيع، وإذا زاد المشتري على البائع في الثمن لم تلزم الزّيادة على الشفيع، وإذا اجتمع الشُّفعاء فالشُّفعةُ بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك

(**وإن حَطَّ البائعُ عن المشتري بعضَ الثَّمن سَقَطَ ذلك عن الشَّفيع**)؛ لما مَرَّ أنَّ حطَّ البعض يلتحق بأصل العقد، (**وإن حطَّ جميعَ الثمن لم يسقط عـن الـشفيع**)[1]؛ لأنَّه تَعَذَّرَ إلحاقُه؛ لفسادِ البيع به.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: إن كـان الحـطُّ بعـد المجلـس لا يـصحّ؛ اعتبـاراً بحـطّ الجميع، والفرق: أنَّ حطَّ الجميع يخرج العقد عن موضعه، بخلاف البعض.

(**وإذا زاد المشتري على البائع في الثمن لم تلزم الزّيادة على الـشفيع**)[2]؛ لأنَّ لـه أن يأخذَ بأي الثمنين شاء.

(**وإذا اجتمع الشُّفعاء فالشُّفعةُ بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اخـتلاف الأملاك**)؛ لتساويهم في التأذي بالدخيل.

وللشَّافِعِيّ ﷺ قول كقولنا، وفي قول: إنَّها على مقادر الأملاك؛ لأنَّها تستحقّ بالملك كالثمرة والغلّة والولد، إلاّ أنَّ هذه الأشياء متولّدة من الملك، فتقدّر بقدره، وأَمّا الشُّفعة فالمعتبرُ فيها أَصلُ الملك؛ بدليل: أنَّ مَن له جزء واحد من مئةِ جزء

---

(١) لأنَّ حط الكلّ لا يلتحق بأصل العقد؛ إذ لو التحق بأصل العقد فسد البيـع؛ لأنَّـه يبقى بيعاً بغير ثمن، وهو فاسد، كما في المبسوط١٩: ٦٠.

(٢) فيجوز له أن يأخذها بالثمن الأول؛ لأنَّ الشفيعَ قد ثبـت لـه حـقّ الأخـذ بالقـدر المذكور في حال العقد، والزيادة إنَّما هي بتراضيهما، وتراضيهما لا يجوز في إسـقاط حـقّ الغير، كما في الجوهرة١: ٢٨١.

ومَن اشترى داراً بعَرْض أخذها الشفيع بقيمتـه، وإن اشـتراها بمكيـل أو مـوزون أخذها بمثله، وإن باعَ عقاراً بعقار أَخَذَها الشَّفيعُ كلُّ واحد مـنهما بقيمـةِ الآخـر، وإذا بلغ الشَّفيعُ أَنَّها بيعت بأَلف فسَلَّم ثُمَّ عَلِمَ أَنَّها بيعت بأَقلّ أو بحنطة، أو شعير قيمتُها ألف أو أكثر، فتسليمُه باطل وله الشّفعة

يستحقُّها إذا باع شريكه، وقد استويا هنا في أَصل المِلك.

(**ومَن اشترى داراً بعَرْض**[1] **أخذها الشفيع بقيمتـه**)؛ لأَنَّـه لـيس مـن ذوات الأمثال، (**وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله**)[2]؛ لأَنَّه مثلي.

(**وإن باعَ عقاراً بعقار أَخَذَها الشَّفيعُ كلُّ واحد منهما بقيمـةِ الآخـر**)[3]؛ كـما مَرَّ.

(**وإذا بلغ الشَّفيعُ أَنَّها بيعت بـأَلف فـسَلَّم ثُـمَّ عَلِـمَ أَنَّهـا بيعـت بأَقـلّ**) مـن ذلـك[4]، (**أو بحنطة، أو شعير قيمتُها ألف أو أكثر، فتسليمُه باطل وله الشّفعة**)[5].

---

(١) أي: متاع من ذوات القيم: كالشاة مثلاً، كما في العناية٩: ٣٩٤.

(٢) وهذا لأنَّ الشرع أثبت للشفيع ولاية التملّك على المشتري بمثل ما يملكه، فيراعى بالقدر الممكن، فإن كان له مثل صورة، ملكه بها، وإلا فالمثـل مـن حيـث الماليـة، وهـو القيمة، كما في العناية٩: ٣٩٤.

(٣) فإن كان شفيعهما واحداً، أخذ كل واحد من العقارين بقيمة العقـار الآخـر؛ لأنَّـه بدله، وهو من ذوات القيم، فيأخذه بقيمته، وإن اختلـف شـفيعهما، يأخـذ شـفيع كـل منهما ما له فيه الشفعة بقيمة الآخر، كما في اللباب١: ٢٧٣، ودرر الحكام٥: ٥٨.

(٤) لأنَّ التسليمَ عند كثرة الثمن لا يدلّ على التسليم عنـد قلّتـه، فلـم يحـصل غرضـه بالتسليم، فبقي على شفعته، كما في البدائع٥: ٢٢.

(٥) لأنَّ تسليمَه كان لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس ظاهراً، فإذا تبيّن له خلاف

وإن بانت أنَّها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له، وإذا قيل له: إنَّ المشتري فلان فسَلَّم، ثُمَّ عَلِمَ أنَّه غيره فله الشُّفعة، ومَن اشترى داراً لغيرِه فهو الخصمُ في الشُّفعة إلاّ أَن يُسلِّمها الموكِّل، وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع في طول الحدّ الذي يلي الشفيع فلا شفعة له

(**وإن بانت أنَّها بيعت بدنانير قيمتها ألف**) أو أكثر، (**فلا شفعة له**[1]).

وإذا قيل له: إنَّ المشتري فلان فسَلَّم، ثُمَّ عَلِمَ أنَّه غيره فله الشُّفعة)؛ لأنَّ الرَّضاء بقدر، أو جنس، أو شخص، لا يكون رضاً بغيره؛ لاختلاف الأغراض فيه، إلا في الدراهم والدنانير، فإنَّها جُعِلَت جنساً واحداً استحساناً، والقياس: أن يكونا جنسين حتى لا تسقط الشفعة، وهو قول زُفَر رضي الله عنه.

(**ومَن اشترى داراً لغيرِه فهو الخصمُ في الشُّفعة إلاّ أَن يُسلِّمها الموكِّل**)[2]؛ لأنَّ حقوقَ العقد متعلّقة بالعاقد.

(**وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع في طول الحدّ الذي يلي الشفيع فلا شفعة له**)؛

ذلك، كان له الأخذ للتيسير، وعدم الرضا، على تقدير أن يكون الثمن غيره؛ لأنَّ الرَّغبة في الأخذ تختلف باختلاف الثمن قدراً وجنساً، فإذا سَلَّم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها، وكذا كل موزون أو مكيل أو عددي متقارب، بخلاف ما إذا عَلِمَ أنَّها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر؛ لأنَّ الواجب فيه القيمة، وهي دراهم أو دنانير، فلا يظهر فيه التيسير، فلا يكون له الأخذ، كما في التبيين٥: ٢٥٩.

(١) يعني: إذا سلَّم، وإن كان قيمتها أقل من ألف فله الشفعة، كما في الجوهرة١: ٢٨٢؛ لأنَّ الجنس متحد في حقّ الثمنية، كما في اللباب١: ٢٧٣.

(٢) لأنَّه لم يبق له يد ولا ملك، فيكون الخصم هو الموكل؛ وهذا لأنَّ الوكيل كالبائع من الموكل، فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري، فتصير الخصومة معه، إلا أنَّه مع ذلك قائم مقام الموكِل، كما في الهداية٩: ٣٨٩.

وإن ابتاع منها سَهماً بثمن، ثمّ ابتاع بقيتها فالشُّفعةُ للجار في السَّهم الأَوّل دون الثَّاني، وإن ابتاعَها بثمنٍ، ثُمّ دَفَعَ إليه ثوباً عوضاً عنه فالشُّفعةُ بالثَّمن لا بالثَّوب، ولا تُكره الحيلة في إسقاط الشُّفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ

لأنَّه ليس بجار، ولا شريك.

(**وإن ابتاع منها سَهماً بثمن، ثمّ ابتاع بقيتها فالشُّفعةُ للجار في السَّهم الأَوّل دون الثَّاني**)[1]؛ لأنَّ المشتريَ صار شريكاً في الثاني، فكان أولى من الجار.

(**وإن ابتاعَها بثمنٍ، ثُمّ دَفَعَ إليه ثوباً عوضاً عنه فالشُّفعةُ بالثَّمن لا بالثَّوب**)؛ لأنَّ الشفعةَ وَجَبَت بمثل الثمن، والثوب وجب بعقد آخر.

(**ولا تُكره الحيلة في إسقاط الشُّفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ**)[2]؛ لأنَّها تلطف إلى منع وجوب الحقّ لا إلى إسقاطه.

---

(1) لأنَّ الشفيع جارٌ في السهمين، والمشتري شريكٌ في السهم الثاني، وهو مقدّمٌ على الجار، ولو أراد الحيلة، اشترى السهم الأول بجميع الثمن إلا درهماً، والباقي بالدرهم، فلا يرغب الجار في أخذ السهم الأول؛ لكثرة الثمن، لا سيما إذا كان السهم الأول جزءاً قليلاً: كالعشر مثلاً أو أقل.

وكذا في المسألة الأولى يتأتى مثل هذه الحيلة، بأن يبيعَ قدر الذراع أو أقل في طول الحدّ الذي يلي الشفيع بجميع الثمن إلا درهماً، ثم يشتري الباقي بدرهم، فإن أخذَ بالشفعة أخذ قدر الذراع بجميع الثمن، وليس له أن يأخذ الباقي؛ لأنَّه ليس بجار له، فأيهما خاف أن لا يوفّي صاحبَه شرط الخيار لنفسه، وإن خافا شرط كلٌّ واحد منهما الخيار لنفسه، ثم يجيزان معاً، وإن خاف كلّ واحد منهما إذا أجاز أن لا يجيز صاحبه، وَكَّل كُلّ واحد منهما وكيلاً، وَيشترط عليه أن يجيزَ بشرط أن يجيزَ صاحبه، كما في التبيين5: 260.

(2) لأنَّه يحتال لدفع الضرر عن نفسه، وهو الأخذ بلا رضاء، والحيلةُ لدفع الضرر عن

وعند مُحَمَّد ﷺ: تُكره، وإذا بَنى المشتري أو غَرَس، ثُمَّ قُضِي للشَّفيع بالشُّفعة فهو بالخيار: إن شاءَ أَخذها بالثَّمنِ وقيمةِ البناءِ والغرسِ مَقلوعاً، وإن شاءَ كلَّفَ المُشْتَرِي قلعه

(**وعند مُحَمَّد ﷺ: تُكره**)[1]؛ لأنَّه إضرار بالغير.

(**وإذا بَنى المشتري أو غَرَس، ثُمَّ قُضِي للشَّفيع بالشُّفعة فهو بالخيار: إن شاءَ أَخذها بالثَّمنِ وقيمةِ البناءِ والغرسِ مَقلوعاً، وإن شاءَ كلَّفَ المُشْتَرِي قلعه**)[2]؛ لأنَّ حَقَّ الشَّفيعِ مُقَدَّمٌ على حَقِّ المشتري، وكان المشتري مُتَصرّفاً في ملك الغير فيه حقّ، فصار كالغاصب.

وعن أبي يوسف ﷺ، وهو قول الشَّافِعيّ ﷺ: أنَّه يقال للشفيع: خذ الدار بالثمن وقيمة البناء والغرس قائماً أو اترك؛ لأنَّه بنى في حقيقة ملكه، فصار كما لو زرع، فإنَّه لا يقطع، كذا هذا، إلاّ أنَّ ملكه مستحقّ النقض، والزرع إنَّما ترك؛ لأنَّ له غاية ينتهي إليها، فأمكن رعاية الجانبين، بخلاف البناء والغرس.

نفسه مباح، وإن تضرَّر الغير في ضمنه، وهو رواية عن الإمام، كما في مجمع الأنهر٢: ٤٨٦.

(١) قيل: الاختلاف قبل البيع، أما بعده فهو مكروه بالإجماع، وظاهر الهداية: اختيار قول أبي يوسف ﷺ، وقد صرّحَ به قاضي خان ﷺ، فقال: والمشايخ في حيلة الاستبراء والزكاة أخذوا بقول محمد ﷺ، وفي الشفعة بقول أبي يوسف ﷺ، ويؤيّده قوله في مختارات النوازل: الحيلة في إسقاط الزكاة عنه أيضاً اختلاف، والصحيح فيه قول محمد ﷺ، كما في التصحيح٢٦٦.

(٢) لأنَّه وضعه في محلّ تعلّق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهته، كما في اللباب١: ٢٧٤.

وإذا أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس، ثُمَّ استحقّت رجع بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس، وإذا انهدمت الدار، أو احترق بناؤها، أو جَفَّ شجر البستان بغير فعل أحد، فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك، فإن نقضَ المشتري البناء قيل للشَّفيع: إن شئت فَخُذ العرصة بحصَّتِها

(**وإذا أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس، ثُمَّ استحقّت رجع بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس**)[1]؛ لأنَّ المشتري لم يضمن له سلامة ذلك فلم يكن غاراً.

وعن أبي يوسف رضي الله عنه: أنَّه يرجع بذلك، كما يرجع المشتري به على البائع، والفرق: أنَّ البائعَ غرَّ المشتري وضمنه سلامة ذلك دلالة، والمشتري أخذ منه الشقص جبراً وقهراً، فافترقا.

(**وإذا انهدمت الدار، أو احترق بناؤها، أو جَفَّ شجر البستان بغير فعل أحد، فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك**)؛ لأنَّ الأوصافَ لا تقابل بالأعواض، وصار كالمشتري إذا نقص المبيع في يد البائع.

وفي قول الشَّافِعيّ رضي الله عنه: يأخذ العرصة بالحصّة، كما لو اشترى العرصة مع سلعة أخرى، والفرق: أنَّ للسلعة حصّة، وليس للأوصاف حصّة، وإنَّما يدخل في البيع تبعاً.

(**فإن نقضَ المشتري البناء قيل للشَّفيع: إن شئت فَخُذ العرصة بحصَّتِها**)

---

(١) وإنَّما لم يرجع بقيمة البناء والغرس؛ لأنَّ الرجوعَ إنَّما يجب لأجل الغرور، ولم يوجد من المشتري غرور، وكذا لو أخذها من البائع؛ لأنَّ كلّ واحد منهما لم يوجب له الملك في هذه الدار، وإنَّما هو الذي أخذها بغير اختيارهما، كما في الجوهرة١: ٢٨٣.

وإن شئت فدع، وليس له أن يأخذَ النَّقض، وَمَن ابتاع أَرضاً وعلى نخلِها ثمرةٌ أَخذَها الشفيعُ بثمرِها، فإن جَزَّها المشتري سَقَطَ عن الشَّفيع حصَّته، فإن جَزَّها المشتري سَقَطَ عن الشَّفيع حصَّته، وإذا قضى للشفيع بالدَّار ولم يكن رآها فله خيارُ الرُّؤية، وإن وجد بها عيباً فله أن يردَّها به وإن كان المشتري شَرَطَ البَراءةَ منه، وإذا ابتاع بثمنٍ مؤجَّل فالشَّفيعُ بالخيار: إن شاء أَخذها بثمنٍ حال

من الثَّمن، (**وإن شئت فدع**)[1]؛ لأنَّ الأَوصافَ تضمن بالإتلاف، (**وليس له أن يأخذَ النَّقض**)؛ لأنَّه صار منقولاً.

(**وَمَن ابتاع أَرضاً وعلى نخلِها ثمرةٌ أَخذَها الشفيعُ بثمرِها**)؛ لأنَّها متصلة بما تعلَّقت به الشفعة كالبناء والأبواب، والقياس: أن لا شفعة فيها؛ لأنَّها لا تدخل في البيع إلا في التَّسمية، (**فإن جَزَّها المشتري سَقَطَ عن الشَّفيع حصَّته**) من الثمن؛ لما مَرَّ.

(**وإذا قضى للشفيع بالدَّار ولم يكن رآها فله خيارُ الرُّؤية، وإن وجد بها عيباً فله أن يردَّها به وإن كان المشتري شَرَطَ البَراءةَ منه**)[2]؛ لأنَّ شرطَه لا يلزم الشفيع.

(**وإذا ابتاع بثمنٍ مؤجَّل فالشَّفيعُ بالخيار: إن شاء أَخذها بثمنٍ حال**

---

(١) لأنَّه صار مقصوداً بالإتلاف، فيقابله شيء من الثمن، بخلاف الأول؛ لأنَّ الهلاك فيه بآفة سماوية، وليس للشفيع أن يأخذ النقض؛ لأنَّه صار مفصولاً منقولاً فلم يبق تبعاً، كما في الجوهرة١: ٢٨٤، والتبيين٥: ٢٥١.

(٢) لأنَّ الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء؛ ألا يرى أنَّه مبادلة المال بالمال، فيثبت فيه الخياران كما في الشراء، ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته؛ لأنَّه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاطه، كما في الهداية ٩: ٣٨٩.

وإن شاء صَبَرَ حتى ينقضي الأجل ثُمَّ يأخذها، وإذا قَسَمَ الشَّركاءُ العقارَ فلا شفعة لجارهم بالقسمة، وإذا اشترى داراً فسَلَّم الشَّفيعُ الشُّفعةَ، ثُمَّ ردَّها المشتري بخيار الرُّؤية أو بشرط أو بعيب، إن كان بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع، فإذا ردَّها بغير قضاء أو تقايلا فللشفيع الشُّفعة

وإن شاء صَبَرَ حتى ينقضي الأجل[1] **ثُمَّ يأخذها**)[2]؛ لأنَّ الأَجلَ لا يثبت إلا بشرط، ولم يوجد من الشفيع.

وزُفَر والشَّافِعيّ ﷺ جعلاه صفة للثمن، فاثبتاه في حقّ الشفيع كالسواد في الدراهم، ونحن نمنع ذلك، فإنَّه لو كان صفة للثمن لَمَا سقط بموته.

(**وإذا قَسَمَ الشَّركاءُ العقارَ فلا شفعة لجارهم بالقسمة**)؛ لأنَّها ليست بمعاوضة مطلقة؛ ولأنَّ الشريكَ أولى من الجار.

(**وإذا اشترى داراً فسَلَّم الشَّفيعُ الشُّفعةَ، ثُمَّ ردَّها المشتري بخيار الرُّؤية أو بشرط أو بعيب، إن كان بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع**)؛ لأنَّه فسخ لا بيع.

(**فإذا ردَّها بغير قضاء أو تقايلا فللشفيع الشُّفعة**)؛ لأنَّه بيعٌ في حقِّ الغير، كما مَرَّ في باب الإقالة.

---

(١) أي: مراده الصبر عن الأخذ، أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عندهما خلافاً لأبي يوسف ﷺ، كما في الجوهرة١: ٢٨٤.

(٢) وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل؛ ثم إذا أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري، وإن أخذها من المشتري كان الثمن للبائع على المشتري إلى أجله كما كان، كما في الجوهرة١: ٢٨٤.

كتاب الشَّركة

الشَّركةُ على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود، فشركةُ الأَملاك: العين التي يرثُها رجلان أو يشتريانها، فلا يجوز لأَحدهما أن يتصرَّفَ في نصيبِ الآخر إلاّ بأَمره، وَكُلُّ واحدٍ منهما في نصيبِ صاحبِهِ

كتاب الشَّركة

(**الشَّركةُ**[1] **على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود.**

فشركةُ الأَملاك: العين التي يرثُها رجلان أو يشتريانها[2]**، فلا يجوز لأَحدهما أن يتصرَّفَ في نصيبِ الآخر إلاّ بأَمره، وَكُلُّ واحدٍ منهما في نصيبِ صاحبِهِ**

---

(١) الشركة عبارة عن خلط النصيبين بحيث لا يتميّز أحدهما عن الآخر، كما في التبيين ٣: ٣١٢.

وشروطها العامة:

١. أهلية الوكالة؛ لأنَّ الوكالة لازمة في الكلّ، وهي أن يصير كلّ واحد منهما وكيل صاحبه في التصرّف بالشراء والبيع، وَتَقَبُّل الأعمال؛ لأنَّ كلّ واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع، وَتَقَبُّل الأعمال مقتضىٰ عقد الشركة، والوكيل هو المتصرف عن إذن.

٢. أن يكون الربحُ معلومَ القدر، فإن كان مجهولاً تفسد الشركة؛ لأنَّ الربح هو المعقود عليه، وجهالته توجب فساد العقد، كما في البيع والإجارة.

٣. أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً، فإن عينا عشرة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة؛ لأنَّ العقدَ يقتضي تحقّق الشركة في الربح، والتعيين يقطع الشركة؛ لجواز أن لا يحصل من الربح إلا القدر المعيّن لأحدهما، فلا يتحقق الشركة في الربح، كما في البدائع ١: ٥٩.

(٢) أو تصل إليهما بأي سبب كان جبرياً كان أو اختيارياً، كما إذا اتهب الرَّجلان عيناً

كالأَجنبيّ)؛ لأنَّ التصرُّفَ في ملكِ الغيرِ يقف على الإذن أو الولاية، وقد عُدما.

(والضرب الثَّاني: شركةُ العقود[1]**، وهي على أَربعة أَوجه:**

مفاوضة[2]**، وعنان**[3]**، وشركة الصنائع**[4]

أو ملكاها بالاستيلاء، أو اختلط مالهما من غير صنع، أو بخلطهما خلطاً يمنع التمييز رأساً أو إلا بحرج، كما في اللباب ١: ٢٧٧.

(١) الشركة على ثلاثة أوجه: شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه، وكلّ واحد منها على وجهين: مفاوضة وعنان، كذا في الخجندي، كما في الجوهرة النيرة ١: ٢٨٥، وفي البدائع ١: ٥٧: «ويدخل في كلّ واحد من الأنواع الثلاثة: العنان والمفاوضة، ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة».

والشركة بالأموال: فهو أن يشترك اثنان في رأس مال، فيقولان اشتركنا فيه، على أن نشتري ونبيع معاً، أو شتى، أو أطلقاً على أنَّ ما رزق الله ﷻ من ربح، فهو بيننا على شرط كذا، أو يقول أحدهما ذلك، ويقول الآخر: نعم، كما في البدائع ٦: ٥٦.

(٢) لغةً: المساواة، وسميت مُفاوضةً؛ لاعتبار المساواة فيه في رأس المال والرِّبح والتصرّف وغير ذلك على ما نذكر، وقيل: هي من التفويض؛ لأنّ كلّ واحد منهما يفوّض التصرّف إلى صاحبه على كلّ حال، كما في البدائع ١: ٥٨.

(٣) سميت عناناً؛ لأنَّه يقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات، أو في بعضها دون بعض، وعند تساوي المالين، أو تفاضلهما، وقيل: هو مأخوذ من عنان الفرس، أن يكون بإحدى يديه، ويده الأخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء، فسميت عناناً؛ لأنَّه لا يكون إلا في بعض الأموال ويتصرّف كلّ واحد منهما في الباقي كيف يشاء، أو لأنَّ كلّ واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه، كما في البدائع ١: ٥٨.

(٤) وتسمّى شركة الأعمال: فهو أن يشتركا على عمل من الخياطة، أو القصارة، أو

وشركة الوجوه[1].

فأمّا شركة المفاوضة[2]: **فهي أن يشتركَ الرَّجلان فيتساويا في مالِهِا وتـصرُّفهما ودينِهما)**؛ لأنَّها تنبئ عن التَّساوي والمماثلة، قال الشاعر:

غيرهما، فيقولا: اشتركنا على أن نعمل فيه على أنَّ ما رزق الله ﷻ من أجـرة فهـي بيننـا على شرط كذا، كما في البدائع ٦: ٥٧.

(١) وهي أن يشتركا وليس لهما مال، لكن لهما وجاهة عند الناس، فيقولا: اشتركنا عـلى أن نشتري بالنسيئة، ونبيع بالنقد، على أنَّ ما رزق الله ﷻ من ربح فهو بيننـا عـلى شرط كذا، وسمي هذا النوع شركة الوجوه؛ لأنَّه لا يُباع بالنسيئة إلا الوجيه من الناس عادة، سمي بذلك؛ لأنَّ كلّ واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران مـن يبيعهـا بالنـسيئة، كـما في البدائع ١: ٥٧.

(٢) شروط شركة المفاوضة:

١. أن يكون رأسُ المال من الأَثمانِ المطلقة، وهي التي لا تتعيّنُ بالتعيين في المفاوضـات على كل حال، وهي الدراهم والدنانير؛ لأنَّ معنى الوكالة من لوازم الشركة، والوكالـة التي تتضمنها الشركة لا تصح في العروض، وتصح في الدراهم والدنانير.

٢. أن يكون رأسُ مال الشركة عيناً حاضراً لا ديناً، ولا مالاً غائباً، فـإن كـان لا تجـوز عناناً كانت أو مفاوضة؛ لأنَّ المقصودَ من الشركة الربح، وذلك بواسطة التصرّف، ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب، فـلا يحـصل المقـصود، كـما في البـدائع٦: ٦٠؛ ولأنَّ المُضارب أمين ابتداء ولا يتصوّر كونه أميناً فيما عليه من الدين، فلو قال: اعمل بالـدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز، بخلاف ما لو كان له ديـن عـلى ثالـث، فقـال: اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة، حيث يجوز؛ لأنَّه أضاف المضاربة إلى زمان

فتجوز بين الحرّين المسلمين العاقلين البالغين، ولا يجوز بين الحرّ والمملوك، ولا بين الصبيّ والبالغ، ولا بين المسلم والكافر

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم إذا جُهالهم سادوا

(**فتجوز بين الحرّين المسلمين العاقلين البالغين**)؛ لوجود التساوي، (**ولا يجوز بين الحرّ والمملوك، ولا بين الصبيّ والبالغ، ولا بين المسلم والكافر**)؛ لعدم

القبض والدَّين فيه يصير عيناً، وهو يصلح أن يكون رأس المال، كما في مجمع الأنهر ٢: ٣١١.

٣. أن يكونا حرّين عاقلين؛ لأنَّ من أحكام المفاوضة أنَّ كلَّ ما يلزم لأحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم الآخر، ويكون كلّ واحد منهما فيما وَجَب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه.

٤. المساواة في رأس المال قدراً، وهي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف، حتى لو كان المالان متفاضلين قدراً لم تكن مفاوضة؛ لأنَّ المفاوضةَ تنبئ عن المساواة، فلا بُدّ من اعتبار المساواة فيها ما أمكن.

٥. أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما تصحّ فيه الشركة، ولا يدخل في الشركة، فإن كان، لم تكن مفاوضة؛ لأنَّ ذلك يمنع المساواة، وإن تفاضلا في الأموال التي لا تصحّ فيها الشركة: كالعروض والعقار والدين، جازت المفاوضة.

٦. المساواة في الربح، فإن شرطا التفاضل في الربح؛ لم تكن مفاوضة لعدم المساواة.

٧. العموم في المفاوضة، وهو أن يكون في جميع التجارات، ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه؛ لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة وهو المساواة، وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد ﷺ: أنَّه لا تجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمي؛ لأنَّ الذمي يختص بتجارة... كما في البدائع ١: ٦١.

وتنعقد على الوكالة والكفالة، وما يشتريه كلُّ واحد منهما يكون على الشَّركة، إلاّ طعام أَهله وكسوتهم، وما يلزم كلَّ واحد منهما من الدُّيون بدلاً عَمّا يصحّ فيه الاشتراك فالآخر ضامن له

التساوي، فإنَّ الذميَّ يملك التصرُّف في الخمر والخنزير دون المسلم، والعبد والصبيّ لا يصحّ ضمانهما.

وعن أبي يوسف ﷺ: أنَّها تصحّ بين المسلم والذمي، ويكون العقد على الخمر مستثنى عنها، إلاّ أنَّ ذلك يؤدّي إلى إبطال التساوي، فلا يعتبر.

وردّ قول الشَّافِعيّ ﷺ ببطلانها قوله ﷺ: «تفاوضوا فإنَّه أعظم البركة»[1].

(**وتنعقد على الوكالة والكفالة**)؛ تكميلاً لمعنى التساوي.

(**وما يشتريه كلُّ واحد منهما يكون على الشَّركة**)؛ لانعقادها على الوَكالة، (**إلاّ طعام أَهله وكسوتهم**) استحساناً[2]؛ لأنَّه صار مستثنى للضرورة، وللبائع أن يطالبَ بالثمن أيُّهما شاء؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما كفيلٌ عن صاحبه.

(**وما يلزم كلَّ واحد منهما من الدُّيون بدلاً عَمّا يصحّ فيه الاشتراك فالآخر ضامن له**)؛ لما مرَّ أنَّها تنعقد على الكفالة.

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) لأنَّ مقتضى عقد المفاوضة المساواة، إذ كلّ واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرّف، فكان شراؤه كشرائه، والقياس أن يكون الطعام المشترى والكسوة المشتراة مشتركاً بينهما؛ لأنَّهما من عقود التجارة، فكان من جنس ما يتناوله عقد الشركة، إلا أنا استثنيناه للضرورة، إذ كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالماً بحاجته، ولم يقصد أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه، وأنَّه لا يتمكّن من تحصيله إلا بالشراء، فكان مستثنى بهذا المعنى لهذا القدر من تصرّفه من مقتضى العقد دلالة أو عادة، وهو كالمنطوق، وكذا الاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته: كالحج وغيره، كما في التبيين٣: ٣١٥.

فإن وَرِث أحدُهما مالاً تصحّ فيه الشَّركة، أو وُهِب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت الشركةُ عناناً، ولا تنعقد الشَّركةُ إلاّ بالدَّراهمِ والدَّنانير، وكذا الفلوسُ النافقةُ عند مُحمَّد ﷺ

(**فإن وَرِث أحدُهما مالاً تصحّ فيه الشَّركة، أو وُهِب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت الشركةُ عناناً**)[1]؛ لأنَّه قد بطل التساوي في المال، وإن ورث أحدهما عرضاً فهو له، ولا تفسد المفاوضة.

(**ولا تنعقد الشَّركةُ إلاّ بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ ...**[2])؛ لأنَّه يمكن رفعها من البين ثُمَّ قسمة الربح بينهما؛ لأنَّها لا تتعين في العقود.

(**وكذا الفلوسُ النافقةُ عند مُحمَّد ﷺ**)[3]؛ لأنَّها ملحقة بالأثمان، وعندهما:

---

(١) أي: بطلت المفاوضة إذا ورث أحدهما أو وُهِبَ له ما تصح فيه الشركة ووصل إلى يده، وهو النقدان؛ لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال، إذ المساواة فيها شرط ابتداءً وبقاءً، وقد فات؛ إذ لا يشاركه الآخر فيه؛ لانعدام السبب في حقه، وتنقلب عناناً للإمكان؛ إذ لا يشترط فيه المساواة، كما في التبيين٣: ٣١٦.

(٢) في نسخة متن اللباب والجوهرة: والفلوس النافقة، قال في التصحيح: «لم يذكر المصنف ﷺ في هذا اختلافاً، وكذلك الحاكم في الكافي، فقال: ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس، وذكر الكرخي أنَّ الجواز على قولهما، وقال في الينابيع: وأما بالفلوس إن كانت نافقة فكذلك عند محمد ﷺ، وقال أبو حنيفة ﷺ: لا تصحّ الشركة بالفلوس وهو المشهور، وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ: أنَّ الشركة بالفلوس جائزة، فأبو يوسف مع أبي حنيفة ﷺ في بعض النسخ، وفي بعض النسخ مع محمد ﷺ، وقال الإسبيجابي في مبسوطه: الصحيح أنَّ عقد الشركة يجوز على قول الكلّ، لأنَّها صارت ثمناً باصطلاح الناس، واعتمده المحبوبيّ والنسفيّ وأبو الفضل الموصليّ وصدر الشريعة».

(٣) إن كانت الفلوس كاسدة فلا تجوز الشركة؛ لأنَّها عروض، وإن كانت نافقة

لا يجوز الشركة بها؛ لكونها مبيعاً تارة، وثمناً أخرىٰ، وثمنيتها تثبت بالاصطلاح، بخلاف الدراهم والدنانير.

(**ولا تجوز بها سوى ذلك**)؛ لأنَّ العروضَ[1] تتعيَّن بالتعيُّن، فلو جازت الشركة بها لوجب رفعها من البين علىٰ ما ذكرنا، وذلك يمنع من التصرّف فيها، فيوجب بطلان الشركة، فمن حيث نُجوزها نُبطلها، فلا تجوز، (**إلا أن يتعاملَ**

فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ، وعند محمد ﷺ تجوز، والكلام فيها مبني علىٰ أصل: وهو أنَّ الفلوس الرائجة ليست أثماناً علىٰ كلِّ حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ؛ لأنَّها تتعين بالتعيين في الجملة، وتصير مبيعاً بإصطلاح العاقدين حتىٰ جاز بيع الفلس بالفلسين بأعيانها عندهما، فأما إذا لم تكن أثماناً مطلقة؛ لاحتمالها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض، وعند محمد ﷺ: الثمنية لازمة للفلوس النافقة، فكانت من الأثمان المطلقة؛ ولهذا أبىٰ جواز بيع الواحد منها باثنين، فتصلح رأس مال الشركة كسائر الأثمان المطلقة من الدراهم والدنانير، كما في البدائع٦: ٥٩.

(١) لأنَّ الشركةَ في العروض تؤدّي إلىٰ جهالة الربح عند القسمة؛ لأنَّ رأسَ المال يكون قيمة العروض لا عينها، والقيمة مجهولة؛ لأنَّها تعرف بالحزر والظن، فيصير الربح مجهولاً؛ فيؤدي إلىٰ المنازعة عند القسمة، وهذا المعنىٰ لا يوجد في الدراهم والدنانير؛ لأنَّ رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها، فلا يؤدي إلىٰ جهالة الربح؛ ولأَنَّ النبيَّ ﷺ «نهىٰ عن ربحِ ما لم يضمن»، والشَّركةُ في العروضِ تؤدّي إلىٰ ربح ما لم يضمن؛ لأنَّ العروضَ غيرُ مضمونة بالهلاك، فإنَّ مَن اشترىٰ شيئاً بعرض بعينه، فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً آخر؛ لأنَّ العروضَ تتعيَّنُ بالتعيين فيبطل البيع، فإذا لم تكن مضمونة، فالشركة فيها تؤدّي إلىٰ ربح ما لم يضمن، وأنّه منهي، بخلاف

النَّاسُ بها: كالتبر والنُّقرة، فتصحُّ الشَّركة فيهما، وإن أرادا الشركة بالعروض باع كلُّ واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثُمَّ عقدا الشركة، وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة

النَّاسُ بها: كالتبر والنُّقرة، فتصحُّ الشَّركة فيهما)؛ لأنَّهما بالتَّعامل صارا كالمضروبة.

(**وإن أرادا الشركة بالعروض باع كلُّ واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر**) حتى تصير شركة أَملاك، (**ثُمَّ عقدا الشركة)**؛ لأنَّهما إذا فعلا ذلك، صار الثمنُ بينهما نصفين، ثمّ يثبت حكم الشركة في العروض تبعاً.

(**وأما شركة**[1] **العنان**[2] **فتنعقد على الوكالة دون الكفالة)**؛ لأنَّ الوكالةَ من ضروب التصرّف، وأمّا الكفالة فأثبتناها في المفاوضة؛ لاقتضاء اللفظ التساوي، بخلاف العنان، فإنَّه مشتق من عنَّ له إذا عَرَض له، كما قال الشاعر:

الدراهم والدنانير، فإنَّها مضمونة بالهلاك؛ لأنَّها لا تتعين بالتعيين، فالشركة فيها لا تؤدي إلى ربح ما لم يضمن، بل يكون ربح ما ضمن، كما في البدائع٦: ٥٩.

(١) فعن السائب ﷺ قال للنبي ﷺ: (كنت شريكي في الجاهلية، فكنت خير شريك، كنت لا تداريني ولا تماريني) في سنن ابن ماجه ٢: ٧٦٨، ومسند أحمد٣: ٤٢٥، وفي لفظ: عنه ﷺ قال: (أتيت رسول ﷺ فجعلوا يثنون عليّ ويذكروني، فقال ﷺ: أنا أعلمكم به، قال: صدقت بأبي وأمي كنت شريكي، فنعم الشريك، كنت لا تداري ولا تماري) في المعجم الكبير٧: ١٤٠، وسنن البيهقي الكبير٦: ٧٨.

(٢) شركة العنان لا يراعى لها شرائط المفاوضة، فلا يشترط فيها أهلية الكفالة، حتى تصحّ ممن لا تصحّ كفالته من الصبي المأذون، ولا المساواة بين رأسي المال، فيجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال، ولا أن يكون في عموم التجارات، بل يجوز عاماً: وهو أن يشتركا في عموم التجارات، وخاصاً: وهو أن يشتركا في شيء خاص: كالثياب...

فَعَنَّ لنا سِرّب كأنَّ نِعاجَه عَذَارىٰ دُوار في مُلاءٍ مُذَبَّل

كأَنَّه عنَّ لهما: أي عرض لهما أن يشتركا في شيء دون شيء.

(**ويصحّ التفاضل في المال**)؛ لما ذكرنا.

(**ويصحّ أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الرِّبح**)؛ لقول عليّ ﷺ: «الربح علىٰ ما شرطا، والوضيعة علىٰ قدر المالين»[1].

وزُفَر والشَّافِعيّ ﷺ: ألحقا الرِّبح بالوضيعة في أنَّه علىٰ قدر المالين، إلاّ أنَّ الوضيعة تكون من المالين، وأما الربح فقد يستحق بالعمل كالمضاربة، وقد يستحق بالضمان كما في شركة الوجوه والصنائع، فهاهنا يستحقّ الفضل بمقابلة العمل، حتىٰ لو شرط الفضل لَمَن لا يعمل، لم يجز.

والأصل: أنَّ الربحَ إنَّما يستحقُّ عندنا إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان، أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر؛ لأنَّ الرّبحَ نماءُ رأس المال فيكون لمالكه، ولهذا استحقّ رَبُّ المال الربح في المضاربة، وأمّا بالعمل، فإنَّ المضاربَ يستحقُّ الرِّبحَ بعملِه فكذا الشَّريك، وأما بالضمان، فإنَّ المال إذا صار مضموناً علىٰ المضارب يستحقّ جميع الربح، ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بضمان بقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»، فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له، والدليل عليه أنَّ صانعاً تقبل عملاً بأجر ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، فثبت أنَّ كلَّ واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح، كما في البدائع ٦: ٦٢.

(١) في الإخبار ٢: ٢٧٢: «قال المُخَرِجُون: لم نجده»، وقال الزيلعي في نصب الراية٣: ٤٧٧: «غريب جداً».

ويجوز أن يعقدَها كلٌّ واحدٍ منهما ببعض ماله دون بعض، ولا تصحّ إلا بما بينّا أنَّ المفاوضةَ تصحّ به، ويجوز أن يشتركا من جهة أحدِهما دنانير ومن جهةِ الآخر دراهم، وما اشتراه كلُّ واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر، ثُمَّ يرجع على شريكِهِ بحصّته من ثمنه، وإذا هَلَكَ مال الشَّركة، أو أَحد المالين قبل أن يشتريا شيئاً، بطلت الشَّركة

(**ويجوز أن يعقدَها كلٌّ واحدٍ منهما ببعض ماله دون بعض، ولا تصحّ إلا بما بينّا أنَّ المفاوضةَ تصحّ به**)؛ لما ذكرنا من قبل.

(**ويجوز أن يشتركا من جهة أحدِهما دنانير ومن جهةِ الآخر دراهم**)؛ لأنَّهما وإن كانا جنسين حقيقة، لكن من حيث أنَّهما ثمن الأشياء شيء واحد، وقياس زُفَر ﷺ على العروض لا يصحّ؛ لأنَّ العروضَ أجناسٌ مختلفة؛ ولأنَّه لا يوصل إلى معرفتها إلا بالحزر، فيؤدي إلى جهالة الربح، بخلاف الدراهم.

(**وما اشتراه كلُّ واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر**)؛ لما مَرَّ أنَّها لا تنعقد على الكفالة، (**ثُمَّ يرجع على شريكِهِ بحصّته من ثمنه**)[1]؛ اعتباراً بالوكيل إذا دفع الثمن من ماله.

(**وإذا هَلَكَ مال الشَّركة، أو أَحد المالين قبل أن يشتريا شيئاً، بطلت الشَّركة**)[2]؛ لفوات محلِّها.

---

(١) أي: إن أدّى من ماله؛ لأنَّه وكيلٌ من جهته في حصته، فإذا نقد من ماله رجع عليه، كما في اللباب ١: ٢٨١.

(٢) أي: سواء كان المالان من جنسين، أو من جنس واحد قبل الخلط؛ لأنَّ الدراهم والدنانير يتعينان في الشركات، فإذا هلكت فقد هلك ما تعلّق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول المعقود به، فيبطل العقد، بخلاف ما إذا اشترى شيئاً بدراهم معينة، ثم

وإن اشترى أحدُهما بماله وهَلَكَ مال الآخر قَبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا، ويرجع على شريكه بحصّته من الثَّمن

(**وإن اشترى أحدُهما بماله وهَلَكَ مال الآخر قَبل الشراء**[1] **فالمشترى بينهما على ما شرطا**)[2]؛ لبقاء الشَّركة عند الشِّراء ببقاء المالين، (**ويرجع على شريكه بحصّته من الثَّمن**)[3]؛ لما مَرَّ.

هلكت الدراهم قبل القبض، فإنَّ العقدَ لا يبطل؛ لأنَّ الدراهمَ والدنانيرَ لا يتعينان في المعاوضات، ويتعيّنان في الشركات، ثم إنَّما لم تتعين الدراهم والدنانير في المعاوضات وتتعين في الشركات؛ لأنَّهما جعلا ثمنين شرعاً، فلو تعينا في المعاوضات لانقلبا مثمنين... ولكان عيناً يقابلها عوض، فكان مثمناً، فلا يكون ثمناً، وفيه تغيير حكم الشرع، فلم يتعين، وليس في تعيينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع؛ لأنَّها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض؛ ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا، كما في البدائع ٦: ٧٨.

(١) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية ٣: ٢٨١ الموافقة عبارة القدوري: «فهاهنا محل أن يُغْلَطَ في الفهم، ويفهم أنَّه هلك مال الآخر قبل شراء أحدهما، لكن يجب أن يفهم هذا، فإن وضع المسألة فيما إذا كان هلاك مال الآخر بعد شراء أحدهما بماله...».

(٢) يعني: على ما شرطا؛ لأنَّ الشركةَ كانت قائمة وقت الشراء فوقع الملك مشتركاً بينهما، فلا يتغيّر بهلاك مال الآخر، ثم الشركة شركة ملك عند الحسن ﷺ، فلا يجوز لكلّ واحد منهما أن يتصرّف إلا في نصيبه؛ لأنَّ شركةَ العقد بطلت بهلاك أحد المالين، وعند محمّد ﷺ: شركة عقد، حتى يجوز لكلّ واحد منهما التصرّف فيه؛ لأنَّه حين وقع وقع مشتركاً بينهما شركة عقد، فلا تبطل بالهلاك بعد تقرّره، كما لو اشتريا بمالهما، ثمّ هَلَكَ المالان قبل النقد، كما في التبيين٣: ٣٢٠، والمعتمد قول محمّد ﷺ على ما مشى عليه في المبسوط، كما في التصحيح ص٢٧٨.

(٣) أي: من الثمن؛ لأنَّه وكيلٌ في حصّة شريكه، وقد قضى الثمن من ماله، فيرجع عليه

وتجوز الشَّركةُ وإن لم يخلطا المالين، ولا تصحُّ الشَّركة إذا اشترطا لأَحدهما دراهم مُسمّاة من الرِّبح

(**وتجوز الشَّركةُ وإن لم يخلطا المالين**)[1]؛ لأنَّ الخلطَ يوجب الشَّركة بنفسِه، فلا يعتبر شرطاً لغيره.

وزُفَر والشَّافِعيّ ﷺ قالا: الشَّركةُ مأَخُوذةٌ من الاختلاط، فلا بُدّ من اعتبارِه، إلاّ أنَّ ذلك حاصلٌ في المقصودِ من الشَّركة، وهو الربح فكان كافياً.

(**ولا تصحُّ الشَّركة إذا اشترطا لأَحدهما دراهم مُسمّاة من الرِّبح**)؛ لاحتمال

بحسابه؛ لعدم الرضا بدون ضمانه، هذا إذا هلك أحد المالين بعد شراء أحدهما، فلو هَلَك قبل الشراء، ثم اشترى الآخر بماله ينظر، فإن كانا صرّحا بالوكالة في عقد الشركة، فالمشترى مشتركٌ بينهما على ما شرطا؛ لأنَّ عقدَ الشركة إن بطلَ بالهلاك، فالوكالةُ المُصَرَّح بها باقية، فكان المشترى مشتركاً بينهما بحكم الوكالة المفردة، ويرجع عليه بحصّته من الثمن، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم يذكرا في عقد الشركة الوكالة، فالمشترى يكون للمشتري خاصّة؛ لأنَّ دخوله في ملكه بحكم الوكالة التي هي في ضمن الشركة، وقد بطلت الشركة، فيبطل ما في ضمنها، بخلاف ما إذا صرّحا بها؛ لأنّها صارت مقصودة، كما في التبيين ١: ٣١٩.

(١) لأنَّ الشركةَ مستندةٌ إلى العقد دون المال؛ لأنَّ العقدَ يُسمّى شركة، ولا بُدّ من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً؛ ولأنَّ الدراهمَ والدنانيرَ لا يتعيّنان، فلا يستفاد الربح برأس المال، وإنَّما يستفاد بالتصرّف؛ لأنَّه في النصف أصيل، وفي النصف وكيل، وإذا تحقَّقت الشركة في التصرّف بدون الخلط تحقَّقت في المستفاد به، وهو الربح بدونه، كما في البحر ٥: ١٨٩، وأيّهما هَلَكَ قبل الخلط بعد الشركة هَلَكَ من مال صاحبه، كما في الجوهرة ١: ٢٨٨.

ولكلِّ واحدٍ من المتفاوضين وشريكي العنان أن يُبْضِعَ المالَ ويدفعَه مضاربةً ويوكِّلَ مَن يَتَصَرّفُ فيه، ويدُه في المال يدُ أَمانة، وأَمّا شركةُ الصَّنائع: فالخيّاطان والصَّبّاغان يشتركان على أن يتقبّلا الأَعمال، ويكون الكَسْبُ بينهما، فيجوز ذلك

أن لا يربح إلا ذلك، فتنقطع الشَّركة.

(**ولكلِّ واحدٍ من المتفاوضين وشريكي العنان أن يُبْضِعَ المالَ**[1] **ويدفعَه مضاربةً ويوكِّلَ مَن يَتَصَرّفُ فيه**)؛ لأنَّ هذه من التجارات، وقد جرت العادة بمثله.

(**ويدُه في المال يدُ أَمانة**)؛ لرضاء كلِّ واحد منهما بقبض المال لا على وجه البدل والتوثق.

(**وأَمّا شركةُ الصَّنائع: فالخيّاطان والصَّبّاغان يشتركان على أن يتقبّلا الأَعمال، ويكون الكَسْبُ بينهما، فيجوز ذلك**)[2]؛ للتَّعامل به في سائرِ الأَعصار والأَمصار من غيرِ نكير.

---

(١) أي: يدفعه بضاعة: وهو أن يدفعَ المتاعَ إلى الغير؛ ليبيعه ويردّ ثمنه وربحه؛ لأنَّه معتادٌ في عقد الشركة، كما في اللباب١: ٢٨٢.

(٢) لأنَّ المقصودَ تحصيلُ المال بالتوكيل، وهذا ممّا يقبل التوكيل فيجوز، ألا ترى أنَّه لو وَكَّلَه بتقبُّل الأعمال من غير أن يكون للعاقد فيه شركة يجوز، فكذا إذا كانت له فيه شركة كالشراء؛ وهذا لأنَّ الشريكَ قد يستحقّ الربحَ بالعمل كما يستحقّه بالمال كالمضارب وربّ المال، وقد يستحقّانه بالمال فقط، فكذا وجب أن يستحقاه بالعمل فقط، ويكون هذا عقد شركة لا إجارة؛ ولهذا لا يحتاج فيه إلى بيان المدة بل يجوز مطلقاً كالمضاربة، ولا يشترط فيه اتحاد جنس العمل، ولا يشترط فيه اتحاد المكان، خلافاً لزفر ومالك ﷺ فيهما؛ لأنَّ المعنى المُجَوِز للشركة، وهو إمكان التحصيل بالتوكيل، لا يختلف

وما يتقبّله كلُّ واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه، فإن عَمِلَ أَحدُهما دون الآخر فالكسبُ بينهما

وقياس الشَّافِعيّ ﷺ على الشركة في المباحات لا يصحّ؛ لأنَّه لا وجه لاستحقاق نصيب شريكه ثمة، وهاهنا يستحقّه بالضمان، ألا يرى أنَّ الصانعَ إذا استعان بمَن يعمل له يستحقّ الأجرة بالضمان[1].

(**وما يتقبّله كلُّ واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه**)[2]؛ لأنَّ كلّ واحد وكيل الآخر في التقبّل، (**فإن عَمِلَ أَحدُهما دون الآخر فالكسبُ بينهما**

باختلافهما، كما في التبيين3: 321.

(1) اعلم أنَّ التفاضل في الربح عند اشتراط التساوي في العمل لا يجوز قياساً؛ لأنَّ الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن، فلم يجز العقد كما في شركة الوجوه، ويجوز استحساناً؛ لأنَّ ما يأخذه ليس ربحاً؛ لأنَّ الربح إنَّما يكون عند اتحاد الجنس، وهنا رأس المال عمل والربح مال فلم يتحد الجنس، فكان ما يأخذه بدل العمل، والعمل يتقوم بالتقويم إذا رضيا بقدر معين، فيقدر بقدر ما قُوِّم به، فلم يؤدِّ إلى ربح ما لم يضمن، بخلاف شركة الوجوه، حيث لا يجوز فيها التفاوت في الربح عند التساوي في المشترى؛ لأنَّ جنس المال وهو الثمن الواجب في ذمتهما متحد، والربح يتحقق في الجنس المتحد، فلو جاز زيادة الرّبح كان ربح ما لم يضمن، وتمامه في العناية، كما في رد المحتار4: 323.

(2) حتى إنَّ كلّ واحد منهما يُطالب بالعمل ويُطالب بالأَجر، ويبرأُ الدافعُ بالدفع إليه، وهذا ظاهرٌ في المفاوضة، وفي غيرها استحسان، والقياسُ خلاف ذلك؛ لأنَّ الشركةَ وقعت مطلقة، والكفالة مقتضى المفاوضة، وجه الاستحسان: أنَّ هذه الشركة مقتضية للضمان؛ ألا ترى أنَّ ما يتقبّله كلُّ واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، ولهذا يستحقّ الأجر بسبب نفاذ تقبُّله عليه، فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء

نصفان، وأمّا شركةُ الوجوه: فالرَّجلان يشتركان ولا مال لهما على أَن يشتريا بوجوههما ويبيعا، فتصحُّ الشَّركة على هذا، وكلُّ واحد منهما وكيلٌ عن الآخر فيما يشتريه، فإن شرطا أن يكون المشترى بينهما نصفان فالرَّبح كذلك ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثاً فالرَّبح كذلك

نصفان)[1]؛ لأَنَّه سببُ الاستحقاق، فصار شريكه معيّناً له في نصف العمل.

(**وأمّا شركةُ الوجوه: فالرَّجلان يشتركان ولا مال لهما على أَن يشتريا بوجوههما ويبيعا، فتصحُّ الشَّركة على هذا**)؛ لما ذكرنا من التعامل، وفي إبطال هذه الشركة كما قال الشَّافِعيّ ﷺ إضرارٌ بكثير من الناس، واسترواجه إلى أنَّ الشركةَ تبطل بهلاك المال، فلا تنعقد على غير المال لا يصحّ؛ لأَنَّه إذا دفع إليه المال ليشتري به شيئاً فهلكت بطلت الوكالة، ولو وَكَّلَه ولم يدفع إليه شيئاً جاز، فكذلك هذا.

(**وكلُّ واحد منهما وكيلٌ عن الآخر فيما يشتريه**)؛ لأنَّ نفاذَ التصرّف على الغير يستدعي الولاية أو الوكالة، (**فإن شرطا أن يكون المشترى بينهما نصفان فالرَّبح كذلك ولا يجوز أن يتفاضلا فيه**[2]، **وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثاً فالرَّبح كذلك**)؛ لأنَّ استحقاقَ الرِّبح إمّا أن يكون بالمال أو العمل أو

البدل، كما في الهداية٦: ١٨٨-١٨٩.

(١) سواء كانت عناناً أو مفاوضة، فإن شرطا التفاضل في الرِّبح حال ما تقبّلا جاز، وإن كان أحدُهما أَكثر عملاً من الآخر؛ لأنَّهما يستحقّان الربح بالضمان، فما حصل من أحدهما من زيادة عمل، فهو إعانة لصاحبه، كما في الجوهرة١: ٢٨٩.

(٢) أي: الربح مع التساوي في الملك؛ لأنَّ الربح في شركة الوجوه بالضمان، والضمان بقدر الملك في المشترى، فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن، فلا يصحّ اشتراطه، كما في اللباب١: ٢٨٣.

[فصل: في الشَّركة الفاسدة]: ولا تجوز الشَّركة في الاحتطابِ والاحتشاشِ والاصطياد، وما اصطاده كلٌّ واحدٍ منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه

الضمان، ولم يوجد الضمان، وسُميت هذه شركة الوجوه؛ لأنَّه لا يشتري بالنسيئة إلاّ مَن له وجه عند النَّاس.

[فصل في الشَّركة الفاسدة]

(**ولا تجوز الشَّركة في الاحتطابِ والاحتشاشِ والاصطياد**)[1]؛ لأنَّه لا يُملّك إلاّ بالأخذ، ولا يصح الوكالة بأخذه، (**وما اصطاده كلٌّ واحدٍ منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه**)[2]؛ لقوله ﷺ: «الصيد لَمن أخذه»[3].

---

(١) لأنَّ الشركةَ متضمنةٌ معنى الوكالة، والتوكيل في أخذ المباح باطل؛ لأنَّ أمرَ الموكّل به غير صحيح، والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه، أشار بالثلاثة إلى أخذ كلّ شيء مباح: كالاحتشاش، واجتناء الثمار من الجبال، والتكدي، وسؤال الناس، ونقل الطين، وبيعه من أرض مباحة، أو الجص، أو الملح، أو الثلج، أو الكحل، أو المعدن، أو الكنوز الجاهلية، كما في البحر الرائق٥: ١٩٧-١٩٨.

(٢) لثبوت الملك في المباح بالأخذ، فإن أخذاه معاً فهو بينهما نصفين؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر بأن حمله معه أو حرسه له فللمُعِين أجر مثله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ، وعند محمد ﷺ بالغاً ما بلغ، كما في اللباب١: ٢٨٣.

(٣) قال في الدراية ٢: ٢٥٥: الحديث لا أصل له، وقال في نصب الراية ٤: ٣٧٩: غريب، وجدت في التذكرة لابن حمدون عن أبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: (الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره) لكن في الدراية٢: ٢٥٥: «الحديث لا أصل له بهذا الإسناد».

وإذا اشتركا ولأحدهما بغل، وللآخر راوية يستقي عليها الماء، والكسب بينهما لم تصحّ الشَّركة والكسبُ كلُّه للذي استقى الماء، وعليه أَجر مثل الرَّاوية إن كان صاحبَ البغل، وإن كان صاحبَ الرَّاوية فعليه أَجر مثل البغل، وكلُّ شركة فاسدة فالرِّبحُ فيها على قدرِ رأَس المال ويبطل شرط التفاضل، وإذا مات أحد الشريكين، أو ارتدّ ولحق بدار الحرب بطلت الشركة

(**وإذا اشتركا ولأحدهما بغل، وللآخر راوية يستقي عليها الماء، والكسب بينهما لم تصحّ الشَّركة**[1] **والكسبُ كلُّه للذي استقى الماء**)؛ لما مَرَّ آنفاً، (**وعليه أَجر مثل الرَّاوية إن كان صاحبَ البغل، وإن كان صاحبَ الرَّاوية فعليه أَجر مثل البغل**)[2]؛ لأَنَّه استوفى منافع دابّة صاحبه بعقد فاسد.

(**وكلُّ شركة فاسدة فالرِّبحُ فيها على قدرِ رأَس المال ويبطل شرط التفاضل**)[3]؛ لأنَّ الفضلَ إنَّما يستحقّ بالشرط، وقد بطل الشرط، فصار كأن لم يسميا شيئاً.

(**وإذا مات أحد الشريكين، أو ارتدّ ولحق بدار الحرب بطلت الشركة**)[4]؛

---

(١) لانعقادها على إحراز مباح، وهو الماء، والكسب الحاصل للذي استقى الماء؛ لأنَّه بدل ما ملكه بالإحراز، كما في اللباب١: ٢٨٤.

(٢) لأنَّ المباح إذا صار ملكاً للمستقي، فقد استوفى ملك الغير، وهو منفعة البغل والراوية بعقد فاسد، فيلزمه أجرته، كما في الجوهرة١: ٢٩٠.

(٣) لأنَّ الربحَ فيه تابعٌ للمال، فيتقدَّرُ بقدره، كما أنَّ الريعَ تابعٌ للبذر في الزراعة، والزيادة إنَّما تستحق بالتسمية، وقد فسدت، فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال، كما في الهداية٦: ١٩٤.

(٤) تبطل الشركة بما يلي:

وليس لواحدٍ من الشريكين أَن يؤدِّي زكاةَ مال الآخر إلاّ بإذنه، فإن أذن كلُّ واحد منهما لصاحبه أن يؤدِّي زكاته، فأَدّى كلُّ واحدٍ منهما فالثَّاني ضامنه عَلِم أداء الأول أو لم يعلم

اعتباراً بالوكالة لتعذُّر استيفاء المقصود.

(**وليس لواحدٍ من الشريكين أَن يؤدِّي زكاةَ مال الآخر إلاّ بإذنه**)؛ لأنَّها عبادة، وليست من التجارة.

(**فإن أذن كلُّ واحد منهما لصاحبه أن يؤدِّي زكاته، فأَدّى كلُّ واحدٍ منهما فالثَّاني ضامنه عَلِم أداء الأول أو لم يعلم**)[1]؛ لأنَّ الأولَ يتناول الزكاة، والثاني ليست بزكاة. وقالا: إن لم يعمل لم يضمن كالوكيل إذا تصرّف بعد العزل قبل العلم به، إلا أنَّ هذا عزل حكمي، فلا يشترط العلم به كالموت.

---

١. الفسخ من أحد الشريكين؛ لأنَّه عقد جائز غير لازم، فكان محتملاً للفسخ، فإذا فسخه أحدُهما عند وجود شرط الفسخ ينفسخ.

٢. موت أحدهما، فأيهما مات انفسخت الشركة؛ لبطلان الملك، وأهلية التصرف بالموت، سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم؛ لأنَّ كلّ واحد منهما وكيل صاحبه، وموت الموكِّل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم؛ لأنَّه عزل حكمي، فلا يقف على العلم.

٣. رِدة أحدهما مع اللحاق بدار الحرب، فهو بمنزلة الموت.

٤. جنونه جنوناً مطبقاً؛ لأنَّ به يخرج الوكيلُ عن الوكالة، وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة؛ لأنَّ الشركة تتضمن الوكالة، كما في البدائع٦: ٧٨.

(١) لأنَّه معزول حكماً؛ لفوات المحلّ، وذا لا يختلف بالعلم والجهل: كالوكيل يبيع العبد إذا أعتقه الموكّل وهذا عند أبي حنيفة ﷺ، وقالا: لا يضمن إذا لم يعلم، قال في التصحيح: ورجح في الأسرار دليل الإمام واعتمده المحبوبي والنسفي وغيرهما، اهـ، قيدنا بأنَّ الأداء على التعاقب؛ لأنَّه لو أديا معاً أو جهل، ضمن كلّ نصيب صاحبه وتقاصّا أو رجع بالزيادة، كما في اللباب١: ٢٨٥.

كتاب المضاربة

المضاربة[1] مشتقةٌ من الضرب في الأرض[2]، سُميت بذلك؛ تنبيهاً على أنَّ المضاربَ يستحقّ الربح بالعمل، وهي كانت جارية قبل الإسلام، فبُعِثَ النبيُّ ﷺ فأقرّها، وقد عقدها الصّحابة ﵃ ومَن بعدهم.

---

(١) القياس أنَّه لا تجوز المضاربة؛ لأنَّها استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم، ولعمل مجهول، لكنا تركنا القياس، كما في البدائع ٦: ٨٠؛ لعموم القرآن والآثار الواقعة في ذلك الدالة على الإجماع، قال جَلَّ جَلالُه: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾[المزمل: ٢٠]، والمضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله ﷻ، وقال جَلَّ جَلالُه: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]، وعن حميد بن عبيد، عن أبيه ﵁«أنَّ عمر ﵁ أعطاه مالاً مضاربة ليتيم» في آثار أبي يوسف٢: ٢٥٠، وعن ابن مسعود ﵁: «أنَّه أعطى زيد بن خليدة مالاً مقارضة» في آثار أبي يوسف٢: ٣٦٧، وعن حكيم بن حزام ﵁: «أنَّه كان يدفع المال مقارضة إلى الرجل، ويشترط عليه أن لا يمر به بطن واد، ولا يبتاع به حيواناً، ولا يحمله في بحر، فإن فعل شيئاً من ذلك فقد ضمن ذلك المال، قال: فإذا تعدى أمره ضمنه من فعل ذلك» في سنن البيهقي الكبير ٦: ١١١، وعن ابن عبّاس ﵄ قال: «كان العباس بن عبد المطلب ﵁ إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذا كبد رطبة، فإن فعله فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه» في سنن الدارقطني٣: ٧٨، والمعجم الأوسط١: ٢٣٢، وسنن البيهقي الكبير٦: ١١١.

قال ابن حزم: كل أبواب الفقه لها أصل من الكتاب أو السنة حاشى القراض، فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنَّه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع به أنَّه كان في عصره ﷺ، فعَلِمَ به وأقرَّه، ولولا ذلك لما جاز، كما في تلخيص الحبير٣: ٥٨.

(٢) المضاربة في اللغة مفاعلة من الضرب في الأرض، وهو السير فيها، قال جَلَّ جَلالُه:

(وهي عقدٌ[1]...

﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [المزمل: ٢٠]، يعني: الذين يسافرون للتجارة، وسمّي هذا العقد بها؛ لأنَّ المضارب يسير في الأرض غالباً لطلب الربح.
واصطلاحاً: عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر، والمراد بالشركة الشركة في الربح، حتى لو شرطا فيها الربح لأحدهما لا تكون مضاربة، كما في التبيين٥: ٥٢.
وركنها: أن يقول: دفعت هذا المال إليك مضاربة، أو معاملة، أو خذ هذا المال واعمل به على أنَّ ما رزق الله تعالى بيننا نصفان ، أو نحو ذلك من الألفاظ التي ثبتت بها المضاربة، كما في التبيين٥: ٥٣.
وحكمها أنواع: إيداع ووكالة وإجارة وغصب، فإذا دفع المال فهو أمانة كالوديعة إلى أن يعمل فيه؛ لأنَّه قبضه بأمر مالكه، فإذا اشترى به فهو وكالة؛ لأنَّه تصرف في مال الغير بأمره، فإذا ربح صار شريكاً، فإذا فسدت صارت إجارة؛ لأنَّ الواجب فيها أجر المثل، فإذا خالف المضارب شرط رب المال فهو بمنزلة الغاصب فيكون المال مضموناً عليه، ويكون الربح للمضارب... فصار للمضارب خمس مراتب: هو في الابتداء أمين، فإذا تصرف فهو وكيل، فإذا ربح فهو شريك، فإذا فسدت فهو أجير، فإذا خالف فهو غاصب، كما في الجوهرة١: ٢٩١، ويكون الربحُ للمضارب لكنَّه غير طيب عند الطرفين، در منتقى، كما في رد المحتار٥: ٦٤٦.
(١) والأصل: أنَّ ربَّ المال إنَّما يستحق الربح؛ لأنَّه نماء ماله لا بالشرط، فلا يفتقر استحقاقه إلى الشرط، بدليل أنَّه إذا فسد الشرط كان جميع الربح له، والمضارب لا يستحقّ إلا بالشرط؛ لأنَّه إنَّما يستحق بمقابلة عمله، والعمل لا يتقوّم إلا بالعقد، كما في البدائع١: ٨٠.

على الشَّركةِ[1] **بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر)**؛ لأنَّه لو لم يكن الربحُ على الشركة لكان قرضاً أو بضاعة، ولو كان المال منهما لكانت شركة عقود.

(١) شروط المضاربة:

١. أهلية التوكيل والوكالة لرب المال والمضارب؛ لأنَّ المضارب يتصرف بأمر رب المال ، وهذا معنى التوكيل.

٢. أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير.

٣. أن يكون رأس المال معلوماً، فإن كان مجهولاً لا تصحّ المضاربة؛ لأنَّ جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، وكون الربح معلوماً شرط صحّة المضاربة.

٤. أن يكون رأسُ المال عيناً لا ديناً، فإن كان ديناً فالمضاربة فاسدة، فلو كان لربّ المال على رجل دين، فقال له: اعمل بديني الذي في ذمّتك مضاربة بالنصف، إنَّ المضاربة فاسدة بلا خلاف.

٥. تسليم رأس المال إلى المضارب؛ لأنَّه أمانة فلا يصحّ إلا بالتسليم، وهو التخلية كالوديعة، ولا يصحّ مع بقاء يد الدافع على المال؛ لعدم التسليم مع بقاء يده، حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة، لأنَّه فرَّق بينها وبين الشركة، فإنَّها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله، والفرق: أنَّ المضاربة انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين، وعلى العمل من الجانب الآخر، ولا يتحقق العمل إلا بعد خروجه من يد رب المال، فكان هذا شرطاً موافقاً مقتضى العقد، بخلاف الشركة؛ لأنَّها انعقدت على العمل من الجانبين، فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض مقتضى العقد، وكذا لو شرط في المضاربة عمل ربّ المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل؛ لأنَّ شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال، وأنَّه شرط فاسد، ولو سَلَّم رأس المال إلى ربّ المال ولم يشترط عمله، ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جاز؛ لأنَّ

ولا تصحّ المضاربةُ إلاّ بالمال الذي بينّا أنَّ الشركةَ تصحُّ به، ومن شرطها أن يكون الربحُ بينهما مُشاعاً لا يستحقُّ أحدُهما منه دراهم مسمّاة

(**ولا تصحّ المضاربةُ إلاّ بالمال الذي بينّا أنَّ الشركةَ تصحُّ به**)؛ للحاجة إلى رفع رأس المال ـ على ما مَرَّ في الشركة ـ.

(**ومن شرطها أن يكون الربحُ بينهما مُشاعاً لا يستحقُّ أحدُهما منه دراهم مسمّاة**)[1]؛ لما مَرَّ في الشركة.

الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده.

٦. أن يكون الربح معلوماً، فإن كان مجهولاً لا تصحّ المضاربة؛ لأنَّ جهالةَ رأس المال تؤدّي إلى جهالة الربح، وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة.

٧. إعلام مقدار الربح؛ لأنَّ المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، ولو دفع إليه ألف درهم عن أنَّهما يشتركان في الربح ولم يبيّن مقدار الربح جاز ذلك، والربح بينهما نصفان؛ لأنَّ الشركة تقتضي المساواة.

٨. أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب وربّ المال من الربح جزءاً شائعاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً، فإن شرطا عدداً مُقدراً، بأن شرطا أن يكون لأحدهما مئة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز، والمضاربة فاسدة؛ لأنَّ المضاربة نوع من الشركة، وهي الشركة في الربح، وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح؛ لجواز أن لا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور، فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر، فلا تتحقق الشركة، فلا يكون التصرف مضاربة، كما في البدائع ٦: ٨١-٨٦.

(١) أي: لا تصحّ المضاربة إلا إذا كان الربح بينهما مشاعاً؛ لأنَّ الشركة تتحقّق به، حتى لو شرطا لأحدهما دراهم مسمّاة تبطل المضاربة؛ لأنَّه يؤدي إلى قطع الشركة على تقدير أن لا يزيد الربح على المسمّى، كما في التبيين ٥: ٥٤.

ولا بُدَّ أن يكون المالُ مُسَلَّماً إلى المضارِب ولا يد لربِّ المال فيه، وإذا صَحَّت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيعَ ويشتري ويُسافرَ ويبضعَ ويودِعَ ويوكِّل، وليس له أن يدفعَ المالَ مضاربةً إلاّ أن يأذنَ له رَبُّ المال في ذلك، وإن خَصَّ له رَبُّ المال التصرَّفَ في بلدٍ بعينِه، أو في سلعةٍ بعينِها، لم يكن له أن يَتَجاوزَ في ذلك، وكذلك إن وَقَّت للمضاربة مدّة بعينها جاز وبَطَلَ العقدُ بمضيها، وليس للمضارب أن يشتري أَب ربِّ المال ولا ابنه ولا مَن يُعْتَقُ عليه، وإن اشتراهم كان مشترياً لنفسِهِ دون المضاربة

(**ولا بُدَّ أن يكون المالُ مُسَلَّماً إلى المضارِب ولا يد لربِّ المال فيه**)؛ لأنَّه لو لم يكن كذلك لم يتمكّن من الاسترباح.

(**وإذا صَحَّت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيعَ ويشتري ويُسافرَ ويبضعَ ويودِعَ ويوكِّل**)؛ لأنَّها من ضرورات التجارة، وطرق الاستنماء والاسترباح.

(**وليس له أن يدفعَ المالَ مضاربةً إلاّ أن يأذنَ له رَبُّ المال في ذلك**)، أو يقول: اعمل برأيك؛ لأنَّ رَبَّ المال لم يرضَ بشركةِ غيره؛ ولأنَّه لا يُستفاد بمقتضى مطلق العقد ما هو مثله، كالوكيل لا يملك التوكيل.

(**وإن خَصَّ له رَبُّ المال التصرَّفَ في بلدٍ بعينِه، أو في سلعةٍ بعينِها، لم يكن له أن يَتَجاوزَ في ذلك**)؛ لأنَّ الإذنَ مستفادٌ من جهته، فيعتبرُ شرطُه إذا كان مُفيداً.

(**وكذلك إن وَقَّت للمضاربة مدّة بعينها جاز وبَطَلَ العقدُ بمضيها**)؛ لأنَّ حكمَ المؤقت ينتهي عند مجيء الوقت.

(**وليس للمضارب أن يشتري أَب ربِّ المال ولا ابنه ولا مَن يُعْتَقُ عليه**)؛ لأنَّه مأمور بالتجارة النامية، وليس هذا كذلك، فلا يتناول الإذن، (**وإن اشتراهم كان مشترياً لنفسِهِ دون المضاربة**)؛ لأنَّ ولايتَه على نفسه نافذة.

وإن كان في المال ربحٌ فليس له أن يشتريَ مَن يعتق عليه، وإن اشتراهم ضَمِنَ مال المضاربة، وإن لم يكن في المالِ ربحٌ جاز أن يشتريهم، فإن زادت قيمتُهم عُتِق نصيبُه منهم، ولم يضمن لربّ المال شيئاً، ويسعى المعتَقُ لربِّ المال في قيمة نصيبه منه، وإذا دَفَعَ المضاربُ المالَ إلى غيرِه مضاربةً ولم يأَذن له رَبُّ المال في ذلك لم يضمن بالدَّفع ولا بتصرُّف المضاربِ الثاني حتى يَرْبَح

(**وإن كان في المال ربحٌ فليس له أن يشتريَ مَن يعتق عليه**)؛ لعجزه عن التجارة فيه بعتق نصيبه، (**وإن اشتراهم ضَمِنَ مال المضاربة**)[1]؛ لأنَّه اشترىٰ ما لم يؤذن فيه، (**وإن لم يكن في المالِ ربحٌ جاز أن يشتريهم**)؛ لأنَّهم لا يعتقون عليه، (**فإن زادت قيمتُهم**) بعد الشراء (**عُتِق نصيبُه منهم**)؛ لثبوت ملكه فيهم، (**ولم يضمن لربّ المال شيئاً**)؛ لأنَّ العتقَ حَصَلَ بزيادة السعر لا بفعله، (**ويسعى المعتَقُ لربِّ المال في قيمة نصيبه منه**)؛ لأنَّ العتقَ حَصَلَ من طريق الحكم، كما لو ورثا ابن أحدهما.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: لا يعتق عليه؛ لأنَّ ملكَه ناقصٌ لكونه وقاية لملك ربّ المال، فنقول: زواله عند هلاك رأس المال لا يدلّ علىٰ النقصان، كملك البائع في الثمن قبل تسليم المبيع.

(**وإذا دَفَعَ المضاربُ المالَ إلى غيرِه مضاربةً ولم يأَذن له رَبُّ المال في ذلك لم يضمن بالدَّفع ولا بتصرُّف المضاربِ الثاني حتى يَرْبَح**)؛ لأنَّه ما لم يربح كان

---

(١) لأنَّه يعتق نصيبه ويفسدُ بسببهِ نصيبُ ربِّ المال؛ لانتفاءِ جوازِ بيعِه؛ لكونهِ مستسعىٰ لا يجوز بيعه، والمرادُ من الربح: أن يكون قيمةُ العبدِ المشترىٰ أكثرَ من رأسِ المال، سواء كان في جملةِ رأسِ المالِ ربح أو لا؛ لأنَّه إذا كان قيمةُ العينِ مثلُ رأسِ المالِ أو أقلّ لا يظهرُ ملكُ المضاربِ فيه، بل يجعلُ مشغولاً برأسِ المال، كما في التبيين٥: ٦١.

وإذا رَبَحَ ضَمِنَ المضاربُ الأوّل المالَ لربّ المال، وإذا دَفَعَ إليه مضاربةً بالنِّصف، وأَذِن له أن يدفعَها مضاربةً، فدفعَها بالثُّلث جاز، فإن كان رَبُّ المال قال له: على أَنَّ ما رَزَقَ اللهُ ﷻ فهو بيننا نصفان فلربِّ المال نصف الرِّبح وللمضارِب الثاني

بمنزلة الوكيل، وللمضارب التوكيل.

(**وإذا رَبَحَ ضَمِنَ المضاربُ الأوّل المالَ لربّ المال**)، كذا ذكره في «الكتاب»؛ لأنَّه تحقَّقت المضاربة الثانية باستحقاق الربح، ولم يكن مأذوناً فيها، فيضمن[1]، والمشهورُ: أنَّه يُخَيَّرُ بين تضمين الأول والثاني؛ لوجود التعدِّي من الأوّل بالدفع، ومن الثاني بالقبض.

وقالا: يَضْمَنُ إذا تصرَّف الثاني وإن لم يربح؛ لحصول العمل في المال من غير رضاء المالك.

وقال زُفَر ﷺ وهو روايةٌ عن أَبي يوسف ﷺ: أنَّه يضمن بالدفع، كالمودع إذا أودع، إلاّ أنَّ المودعَ لا يملك الإيداع، والمضاربُ يملكه، فافترقا من هذا الوجه.

(**وإذا دَفَعَ إليه مضاربةً بالنِّصف، وأَذِن له أن يدفعَها مضاربةً، فدفعَها بالثُّلث جاز**)؛ لوجود الإذن، (**فإن كان رَبُّ المال قال له: على أَنَّ ما رَزَقَ اللهُ ﷻ فهو بيننا نصفان فلربِّ المال نصف الرِّبح**)؛ لاشتراط ذلك، (**وللمضارِب الثاني**

(1) قال في الهداية: هذا رواية الحسن عن أبي حنيفة ﷺ، وقال أبو يوسف ومحمد ﷺ: إذا عمل به ضمن رَبِحَ أو لم يربح، وهو ظاهر الرواية، وقال الإسبيجابي ﷺ: ثم قال صاحب الكتاب: وإذا رَبِحَ الثاني ضمن المضارب الأول، والمشهور من المذهب: أنَّ رب المال بالخيار، إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني في قولهم جميعاً، كما في التصحيح ص271.

ثلث الرِّبح وللأوّل السُّدُس، وإن قال له: على أنَّ ما رزقـك الله فهـو بيننـا نـصفان فللمضارب الثاني الثلث وما بقي بين رَبِّ المال والمضارب الأوّل نصفان، وإن قال له: عـلى أنَّ مـا رزقَ اللهُ فـلي نـصفه ولـك نـصفه، فـدفع المـالَ إلى آخـر مـضاربةً بالنصف، فللثاني نصف الربح ولربِّ المال النصف ولا شيء للمضارب الأوّل ثلث الرِّبح وللأوّل السُّدُس)[1]؛ لأنَّهما تراضيا على ذلك.

(وإن قال له: على أنَّ مـا رزقـك الله فهـو بيننـا نـصفان فللمـضارب الثـاني الثلث)؛ لاشتراط الأوّل لـه ذلـك، **(ومـا بقـي بـين رَبِّ المـال والمـضارب الأوّل نصفان)**؛ لأنَّ رَبّ المال شرط لنفسه نـصف مـا حـصل لـلأوّل، وفي الأول شرط النصف مطلقاً.

(وإن قال له: على أنَّ ما رزقَ اللهُ فلي نصفه ولك نصفه، فدفع المـالَ إلى آخـر مضاربةً بالنصف، فللثاني نصف الربح ولربِّ المال النـصف ولا شيء للمـضارب الأوّل)[2]؛ لأنَّه دفع نصيبه إلى الثاني.

---

(١) لأنَّ الدفع إلى الثاني صحيح؛ لأنَّه بأمر المالك، ورَبُّ المال شَرَطَ لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى، وقد جعل الأول للثاني ثلثه، فينصرف ذلك إلى نصيبه؛ لأنَّـه لا يقـدر أن ينقصَ من نصيب رَبّ المال شيئاً، فبقي له السدس ويطيب ذلـك لكلهـم؛ لأنَّ رَبّ المال يستحقّه بالمال؛ لأنَّه نماء ملكه، والمضارب الأوّل والثـاني يـستحقّانه بالعمـل؛ لأنَّ عمل الثاني وقع عنهما، فصار نظير من استأجر خياطاً؛ ليخيط له ثوباً بدرهم، واستأجر هو غيره؛ ليخيط له ذلك الثوب بنصف درهم، وزاد قيمة الثوب طـاب لهـم جميعـاً لمـا قلنا، فهذه لا شبهة فيها، وهي تجارة حسنةٌ حيث يـستحقّ الأوّل سـدس الـربح، وهـو قاعد، كما في التبيين٥: ٦٤.

(٢) لأنَّه شَرَطَ للثاني النصف فيستحقّه، وقد جعل رَبّ المال لنفسه نصب مطلق

فإن شَرَطَ للمضارب الثاني ثلثي الربح فلربّ المال نصف الربح، وللمضارب الثاني نصف الربح، ويضمن المضارب الأول للمضارب الثاني مقدار سدس الربح من ماله، وإذا مات رَبُّ المال أو المضارب بطلت المضاربة، وإن ارتدَّ رَبُّ المال عن الإسلامِ ولَحِقَ بدار الحرب بطلت المضاربة، وإذا عزلَ رَبُّ المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع، فتصرُّفُه جائز

(فإن شَرَطَ للمضارب الثاني ثلثي الرِّبح فلربّ المال نصف الرِّبح)؛ لما مَرَّ.

(وللمضارب الثاني نصف الرِّبح، ويضمن المضارب الأول للمضارب الثاني مقدار سدس الرِّبح من ماله)؛ لأَنَّه شَرَطَ له تمام الثلثين، وليس له في المال إلاّ النصف، نظيره الخَيَّاط إذا استأجر على الخياط بأكثر ممَّا أعطاه.

(وإذا مات رَبُّ المال أو المضارب بطلت المضاربة)؛ اعتباراً بالوكالة.

(وإن ارتدَّ رَبُّ المال عن الإسلامِ ولَحِقَ بدار الحرب بطلت المضاربة)[1]؛ لأَنَّها في معنى الموت، لترتُّب أحكامه عليها.

(وإذا عزلَ رَبُّ المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع، فتصرُّفُه جائز)[2]: كالوكيل إذا عزل ولم يعلم، فإنَّ تصرُّفَه جائز، كذا هذا.

الربح، فلم يبق للأول شيء، كما في اللباب ١: ٢٨٩.

(١) لأنَّ اللحوقَ بمنزلة الموت، وقبل لحوقه يتوقّف تصرّف مضاربه عند أبي حنيفة ﷺ على النفاذ بالإسلام، أو البطلان بالموت أو القتل؛ لأَنَّه يتصرَّفُ له، فصار كتصرّفه بنفسه، ولو كان المضارب هو المرتد، فالمضاربةُ على حالها عندهم؛ لأنَّ تصرفاته إنَّما توقفت لمكان توقفه في ملكه، ولا ملك له هنا في مال المضاربة، وله عبارة صحيحة، فلا يتوقّف في ملك رب المال، فبقيت المضاربة على حالها، كما في التبيين ٥: ٦٦-٦٧.

(٢) لأَنَّه صفة المضاربة أنَّها عقد غير لازم، ولكلّ واحد منهما ـ أعني: ربّ المال

وإن عَلِمَ بعزله والمالُ عروضٌ في يدِه فله أن يبيعَها ولا يمنعه العزل من ذلك، ثم لا يجوز أن يشتريَ بثمنها شيئاً آخر، وإن عزلَه ورأسُ المال دراهم ودنانير قد نضَّت فليس له أن يتصرَّف

(**وإن عَلِمَ بعزله والمالُ عروضٌ في يدِه فله أن يبيعَها ولا يمنعه العزل من ذلك**)[1]؛ اعتباراً لفسخها بانعقادها، (**ثم لا يجوز أن يشتريَ بثمنها شيئاً آخر**)[2]؛ لأنَّ المانعَ من الانفساخ قد زال فانفسخت.

(**وإن عزلَه ورأسُ المال دراهم ودنانير قد نضَّت**[3] **فليس له أن يتصرَّف**

والمضارب ـ الفسخ، لكن عند وجود شرطه، وهو علم صاحبه، ويشترط أيضاً أن يكون رأسُ المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير، حتى لو نهى رَبُّ المال المضارب عن التصرّف، ورأس المال عروض وقت النهي، لم يصحّ نهيه وله أن يبيعَها؛ لأنَّه يحتاج إلى بيعها بالدراهم والدنانير؛ ليظهر الربح، فكان النهي والفسخ إبطالاً لحقّه في التصرّف، فلا يملك ذلك، وإن كان رأسُ المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي، صحّ الفسخ والنهي، لكن له أن يصرفَ الدراهمَ إلى الدنانير، والدنانير إلى الدراهم؛ لأنَّ ذلك لا يعد بيعاً؛ لاتحادهما في الثمنية، كما في البدائع٦: ١٠٩.

(١) لأنَّ المضاربةَ قد تمَّت بالشراء وصحّت، فلا يجوز له العزل بعد ذلك؛ لأنَّ حقّه قد ثبت في الربح، وإنَّما يظهر بالقسمة، وهي تبتنى على رأس المال، وإنَّما ينض بالبيع، كما في اللباب١: ٢٩١.

(٢) لأنَّ العزلَ إنَّما لم يعمل والمال عروض؛لضرورة معرفة رأس المال، وقد اندفعت بصيرورته نقداً، فعمل العزل، كما في اللباب ١: ٢٩٠.

(٣) أي: صار ورقاً وعيناً بعد أن كان متاعاً، كما في المغرب ص٤٦٧، ورأس المال إنَّما ينضّ: أي يتيسّر ويحصل بالبيع، كما في العناية٨: ٤٦٩.

فيه، وإن افترقا وفي المال ديونٌ وقد رَبح المضاربُ فيه أَجْبَرَه الحاكمُ على اقتضاءِ الديون، وإن لم يكن في المال ربحٌ لا يلزمه الاقتضاء، ويُقال له: وَكِّل ربَّ المال في الاقتضاء، وما هَلَكَ من مال المضاربة فهو من الرِّبح دون رأس المال

فيه)[1]؛ لثبوت العزل، وزوال الإذن.

(وإن افترقا وفي المال ديونٌ وقد رَبح المضاربُ فيه أَجْبَرَه الحاكمُ على اقتضاءِ الديون)[2]؛ لأنَّه كالأجير فيلزمه إتمام العمل.

(وإن لم يكن في المال ربحٌ لا يلزمه الاقتضاء، ويُقال له: وَكِّل ربَّ المال في الاقتضاء)[3]؛ لأنَّه إذا لم يستحقّ شيئاً فهو كالوكيل، فلا يلزم العمل، وإنَّما يقال له: وَكِّل رَبَّ المال إيصالاً له إلى حقِّه.

والشَّافِعيّ ﷺ: ألزمه التَّقاضي وإن لم يربح؛ ليمكنه ردّ رأس المال، لكنا نقول: ليس على المضارب التسليم، وإنَّما عليه إزالة اليد كالمودِع، فإذا أحال فقد أزال اليد.

(وما هَلَكَ من مال المضاربة فهو من الرِّبح دون رأس المال)[4]؛ لأنَّ الرِّبحَ

---

(١) هذا إذا كان من جنس رأس المال، أما إذا كان رأسُ المال دنانير، والذي نضَّ له دراهم أو على العكس، فله أن يبيعَها بجنس رأس المال استحساناً؛ لأنَّ الربحَ لا يظهر إلا به، كما في مجمع الضمانات ص٣١١، والهداية٨: ٤٦٩.

(٢) لأنَّه بمنزلة الأجير؛ لأنَّ الربحَ له كالأجرة، ولأنَّ عملَه حصل بعوض، فيجبر على إتمامه كالأجير، كما في الجوهرة١: ٢٩٦.

(٣) لأنَّ حقوقَ العقد تتعلّق بالعاقد، والمالك ليس بعاقد، فلا يتمكن من الطلب إلا بتوكيله، فيؤمر بالتوكيل؛ كيلا يضيع حقّه، كما في اللباب ١: ٢٩١.

(٤) لأنَّ الربحَ تبعٌ لرأس المال، وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى، كما يصرف الهلاك

فإذا زاد الهلاك على الرِّبح فلا ضمان على المضارب فيه، وإن كانا اقتسما الرِّبح والمضاربة بحالها، ثُمَّ هَلَكَ رأس المال كلُّه أو بعضُه ترادّا الرِّبح حتى يستوفي ربّ المال رأس المال، فإن فَضُلَ شيءٌ كان بينهما، وإن نقصَ عن رأس المال لم يضمن المضارب، وإن كانا اقتسما الربحَ وفسخا المضاربة، ثُمَّ عقداها فهلك المال لم يترادّا الرِّبح الأوّل

اسم للزيادة على رأس المال، فلا بُدّ من تعين رأس المال حتى تظهر الزيادة، (**فإذا زاد الهلاك على الرِّبح فلا ضمان على المضارب فيه**)[1]؛ لأنَّ المضاربةَ عقدُ أمانة لا عقد ضمان.

(**وإن كانا اقتسما الرِّبح والمضاربة بحالها، ثُمَّ هَلَكَ رأس المال كلُّه أو بعضُه ترادّا الرِّبح حتى يستوفي ربّ المال رأس المال**)[2]؛ لِما ذكرنا أنَّه مُقدَّمٌ على الربح، فيفسخ القسمة، (**فإن فَضُلَ شيءٌ كان بينهما**)؛ لأنَّه ربح، (**وإن نقصَ عن رأس المال لم يضمن المضارب**)؛ لأنَّه أمين.

(**وإن كانا اقتسما الربحَ وفسخا المضاربة، ثُمَّ عقداها فهلك المال لم يترادّا الرِّبح الأوّل**)[3]؛ لأنَّ العقدَ الأوّل قد ارتفعَ من كلِّ وجه، وهذا عقدٌ آخر لا تعلُّق

إلى العفو في الزكاة، كما في الهداية٨: ٤٧١، والجوهرة١: ٢٩٦.

(١) لأنَّه أمينٌ فلا يكون ضميناً؛ للتنافي بينهما في شيء واحد، كما في التبيين١: ٦٨.

(٢) لأنَّه إذا هلك ما في يده تبيّن أنَّه ليس برأس مال، وأنَّ ما اقتسماه ليس بربح؛ إذ لا يتصوّر بقاء التبع بدون الأصل، فيضمن المضارب ما أخذه على أنَّه ربح؛ لأنَّه أخذه لنفسه حتى يتمّ به رأس المال، بخلاف ما بقي في يده، حيث لا يضمنه؛ لأنَّه لم يأخذه لنفسه، وما أخذه رب المال محسوب عليه من رأس المال، كما في التبيين٥: ٦٩.

(٣) لأنَّ المضاربة الأولى قد تمت وانفصلت، والثانية عقد جديد، فهلاك المال في الثاني

ويجوز للمضارب أن يبيعَ بالنَّقد والنَّسيئة، ولا يزوِّج عبداً ولا أَمة من مال المضاربة

له به.

(**ويجوز للمضارب أن يبيعَ بالنَّقد والنَّسيئة**)[1]؛ لإطلاق الإذن بالبيع.

(**ولا يزوِّج عبداً ولا أَمة من مال المضاربة**)؛ لأنَّه استفاد بالعقد ما يكون من التجارة أو من ضروراتها، والتزويج ليس من التجارة، وقاس أبو يوسف رضي الله عنه تزويج الأَمة على إجارتها في حقّ الجواز؛ باعتبار أنَّه نفع محض[2]، إلاّ أنَّه ليس من التجارة فلا يتضمن العقد.

لا يوجب انتقاض الأول، كما إذا دفع إليه مالاً آخر، كما في الجوهرة1: 297، ودرر الحكام2: 316.

(1) لأنَّ كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه؛ لأنَّ له الأمر العام المعروف بين الناس، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب، وليس له أن يشتري سفينة للركوب، كما في الهداية8: 472.

(2) لأنَّه يستفيدُ بتزويجها المهر وسقوطَ النفقة، ولأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما: إنَّ التزويجَ ليس من أعمال التجارة، وعقدُ المضاربةِ لا يتضمّن إلا التوكيل بأعمال التجارة، فصار كالكتابة والعتق على مال، فإنَّهما اكتساب، ولكن لما لم يكونا من أعمال التجارة لم يدخلا في عقد المضاربة، كما في عمدة الرعاية6: 363-364، وفي التصحيح ص270: «والمعتمد قولهما عند الكل، كما اعتمده المحبوبي والنسفي والموصلي وغيرهم».

كتاب الوكالة

كلُّ عقدٍ جاز أن يعقدَه الإنسانُ بنفسِه جاز أن يوكِّلَ غيرَه به، ويجوز التَّوكيلُ بالخصومة في سائرِ الحقوق وبإثباتها

كتاب الوكالة[1]

(**كلُّ عقدٍ جاز أن يعقدَه الإنسانُ بنفسِه**[2] **جاز أن يوكِّلَ غيرَه به**)؛ لأنَّه قد يعجز عن تحصيله بنفسه، فجازت النِّيابة فيه دفعاً لحاجته.

(**ويجوز التَّوكيلُ بالخصومة**[3] **في سائرِ الحقوق وبإثباتها**)[4]؛ تمكيناً له من استيفاء مصالحه.

---

(1) تطلق في اللغة على الحفظ؛ قال ﷻ: ﴿وَقَالُواْ حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ ﴿١٧٣﴾﴾ [آل عمران: ١٧٣]، أي: الحافظ، وتطلق على الاعتماد وتفويض الأمر، قال الله ﷻ: ﴿وَعَلَى ٱللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ ٱلْمُتَوَكِّلُونَ ﴿١٢﴾﴾ [إبراهيم: ١٢]، وتستعمل شرعاً في هذين المعنيين، كما في البدائع٦: ١٩، ومعناها الاصطلاحي: تفويض أحد في شغل لآخر وإقامته مقامه في ذلك الشغل، كما في درر الحكام٣: ٤٩٣.

ومشروعية الوكالة: ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة وبالمعقول، قال قوله ﷻ: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ﴾ الكهف: ١٩، والآية الكريمة قد ذكرت حكاية عن أصحاب الكهف، وهذا البعث كان بطريق الوكالة، وَشَرعُ من قبلنا شرعٌ لنا إذا قَصَهُ الله ﷻ ورسوله من غير إنكار ولم يظهر نسخه، كما في درر الحكام٣: ٤٩٣، وسيأتي دليلُ السنة عليها.

(2) والمراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه: هو أن يكون مستبداً به، والوكيل ليس كذلك، كما في العناية٧: ٥٠٢.

(3) أي: بالدعوى الصحيحة، أو الجواب الصريح، كما في الجوهرة ١: ٢٩٨.

(4) قال الإسبيجابي: وهذا قول أبي حنيفة ﷺ، وقول محمد ﷺ مضطرب، والأظهر أنَّه

ويجوز التّوكيلُ بالاستيفاءِ إلاّ في الحُدود والقِصاص، فإنَّ الوكالةَ لا تصحّ باستيفائها مع غيبةِ الموكِّل عن المجلس، وقال أبو حنيفة ﷺ: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضاء الخصم

وقياس أبي يوسف ﷺ التوكيل بالخصومة في الحدّ في إثباته على التوكيل بالخصومة في استيفائه لا يصحّ؛ لأنَّ حال الاستيفاء حال الرقّة والرأفة، فيحتمل درء الحدّ بحضوره، بخلاف حال الخصومة.

(**ويجوز التّوكيلُ بالاستيفاءِ إلاّ في الحُدود والقِصاص، فإنَّ الوكالةَ لا تصحّ باستيفائها مع غيبةِ الموكِّل عن المجلس**)[1]؛ لما مَرَّ.

(**وقال أبو حنيفة ﷺ: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضاء الخصم**)[2]؛ لأنَّ الخصومةَ حقّه، والناسُ يختلفون في ذلك، كما قال ﷺ: «لعلّ بعضكم ألحن

مع أبي حنيفة ﷺ، والصحيح قولهما، كما في التصحيح ص٢٧١.

(١) لأنَّها تندرئ بالشبهات، وشبهةُ العفو ثابتةٌ حال غيبته، بخلاف حالة الحضرة؛ لانتفاء الشبهة، كما في اللباب١: ٢٩٤.

(٢) قال في الهداية: لا خلاف في الجواز، إنَّما الخلاف في اللزوم، يعني: هل ترتد الوكالة برد الخصم عند أبي حنيفة ﷺ؟ نعم، واختاره المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وأبو الفضل الموصلي، ورجح دليله في كل مُصنَّف، وعندهما: لا، ويجبر، واختار أبو الليث ﷺ الفتوى على قولهما، وبه أخذ أبو القاسم الصفار، وقال في فتاوى العتابي: هو المختار، وقال السَّرَخْسيُّ ﷺ: الصحيح أنَّ القاضي إذا عَلم من الموكِّل القصدَ بالإضرار إلى المدعي بالتوكيل بحِيَلِهِ وأباطيله لا يقبل منه التوكيل إلا برضا خصمه، وإلا فيقبله، وقيد بالخصومة؛ لأنَّ التوكيل بقبض الدين والتقاضي والقضاء بغير رضا الخصم جائز إجماعاً، كما في الجوهرة١: ٢٩٨، وفي درر الحكام٢: ٢٨٢: أنَّ المتأخرين اختاروا قول

إلاّ أن يوكِّل الموكِّل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أَيّام فصاعداً، وقالا: يجوز التوكيلُ بغير رضاء الخصم

بحجته»[1]، فله أن لا يقبل النيابة فيه، (**إلاّ أن يوكِّل الموكِّل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أَيّام فصاعداً**)؛ لأنَّ في تكليفهما لحضوره إضراره بهما، وفي ترك الخصومة تفويتاً لحقّهما.

(**وقالا**) والشَّافِعيّ ﷺ: (**يجوز التوكيلُ بغير رضاء الخصم**)، كما في استيفاء الدين، إلاّ أنَّ ذلك لا يختلف فيه الناس، بخلاف الخصومة، واستحسن المتأخرون في جواز توكيل المُخَدَّرَة[2]؛ لئلا يفوت حقّها؛ لأنّها تنقبض بمحضر من الرِّجال فتندحض حجتها.

السرخسي ﷺ للفتوى، وقال في الحقائق: وإليه مال الأوزجندي، كما في التصحيح ص٢٧٢.

(١) فعن أم سلمة رضي الله عنها، قال ﷺ: (إنّكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم ألحن بحجّته من بعض، فمَن قضيت له بحقّ أخيه شيئاً بقوله، فإنّما أقطع له قطعة من النار، فلا يأخذها) في صحيح البخاري٢: ٩٥٢.

(٢) المُخَدَّرَة من الخَدر بفتح الخاء: إلزامُ البنتِ الخِدر بكسر الخاء، وهو ستر يمدُّ للجارية في ناحية البيت. ويطلقُ الخِدر على البيتِ إن كان فيه امرأةٌ، وإلاَّ لا. فالحاصلُ: أنَّ المُخَدَّرَةَ هي التي لا تخرج عن بيتها إلى الأسواقِ غالباً، ولم تخالطْ مع الرجال، فإنَّ الخروجَ للحاجةِ لا يقدحُ في تخديرها ما لم يكثر، بأن تخرجَ لغيرِ حاجة، ولو حضرت مجلس القضاء لا يمكنها أن تنطقَ بحقّها لحيائها، فيلزمُ توكيلها، وهذا شيءٌ استحسنه المتأخّرون، وعليه الفتوى، كما في الهداية٣: ١٣٧، والكفاية٦: ٥٦٢، والفتح٦: ٥٦١، وحاشية الطحطاويّ٣: ٢٦٦، والمصباح ص١٦٥.

ومن شرطِ الوكالة: أن يكون المُوكِّل ممَّن يَمْلِكُ التَّصَرُّف، ويلزمه الأَحكام، والوكيل ممَّن يعقل العقد ويقصده

(**ومن شرطِ الوكالة: أن يكون المُوكِّل ممَّن يَمْلِكُ التَّصَرُّف**[1]**، ويلزمه الأَحكام**[2]**، والوكيل ممَّن يعقل العقد**[3] **ويقصده**[4])[5]؛ لأنَّ الوكالةَ نيابةٌ، ومَن لا

---

(١) الظاهر أنَّ المراد مطلق التصرف، وإن أريد بالتصرّف التصرّف الذي وكّل به لا مطلق التصرّف يكون قولهما لا قول أبي حنيفة ﷺ، فإنَّ المُسلِمَ إذ وكَّل الذميَّ ببيع الخمر يجوز عنده لا عندهما، كما في شرح الوقاية٤: ١٦٣: أي فالشرطُ عند أبي حنيفة ﷺ أن يكونَ التوكيلُ حاصلاً بما يملكه الوكيل، سواء كان الموكِّل مالكاً له أو لا، حتى يجوزَ عنده توكيلُ المسلمِ الذميَّ بشراءِ الخمر، كما في عمدة الرعاية ٦: ٤.

(٢) يحتمل أحكامَ ذلك التصرّف وجنس الأحكام، فالأول: احتراز عن الوكيل إذا وكّل، فإنَّه يملك ذلك التصرّف دون التوكيل به؛ لأنَّه لم تلزمه الأحكام، وهي الملك، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان، والثاني: احترازٌ عن الصبيّ والمجنون، ويكون ملك التصرّف ولزوم الأحكام شرطاً واحداً، وهذا أصحّ؛ لأنَّ الوكيلَ إذا أذن له بالتوكيل صحّ والأحكام لا تلزمه، كما في العناية٧: ٥١١، وصححه في غاية البيان وأقرهم في الفتح٨: ١٢.

(٣) أي: يعقل أنَّ البيعَ سالبٌ والشراء جالب، ويعرف الغبن اليسير والفاحش، كما في درر الحكام٢: ٢٨٢.

(٤) أي: لو تصرَّف هازلاً لا يقع عن الآمر، كما في شرح الوقاية ٤: ١٦٣، لكن قال في مِنح الغفار ق٢: ١٤٢/ ب: وأما تفسيرُهم بالقصد؛ للاحترازِ عن بيعِ الهازلِ والمكره، فخارج عن المقصود؛ لأنَّ الكلامَ الآن في صحَّةِ الوكالة، لا في صحَّةِ بيعِ الوكيل؛ ولذا تركَه في الكنز ص١٣٢، وتركناه في المختصر ص١٥٦ أيضاً. انتهى.

(٥) أي: أن يكون الموكِّل ممَّن يملك فعل ما وكَّل به بنفسه؛ لأنَّ التوكيلَ تفويضُ ما

وإذا وَكَّلَ الحُرُّ البالغُ أو المَأذونُ مثلَهما جاز، وإن وَكَّلا صَبياً مَحْجُوراً يعقل البيع والشِّراء أو عبداً محجوراً جاز

ولاية له لا نيابة له، ومَن لا يعقل التصرّف لا يقدر على إيجاده، والهازلُ لا يعتبر كلامه.

(**وإذا وَكَّلَ الحُرُّ البالغُ**[1] **أو المَأذونُ**[2] **مثلَهما**[3] **جاز**) ؛ لاجتماع الشرائط، (**وإن وَكَّلا صَبياً مَحْجُوراً**) عليه (**يعقل البيع والشِّراء أو عبداً محجوراً جاز**)؛ لما ذكرنا.

وإلحاق الشَّافِعيّ ﷺ الصَّبيَّ العاقلَ بالمجنون في عدمِ الجوازِ لا يصحّ؛ لأنَّ الصبيَّ له قَصْدٌ صحيح، بخلاف المجنون.

يملكه من التصرُّف إلى غيره، فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض إلى غيره؟ فلا يصحّ التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلاً، كما في البدائع ٦: ٢٠، وأما الصبيُّ المميز فينظر؛ لأنَّ الموكَّلَ به إمّا أن يكون ضرراً مَحضاً أو نفعاً مَحضاً، أو دائراً بين النَّفع والضَّرر، فإن كان ضَرراً مَحضاً: كالهبة، لا يجوز توكيله، وإن كان نفعاً مَحضاً: كالاتهاب، يجوز توكيلُه، وإن كان دائراً بين النَّفع والضَّرر: كالبيع يكون توكيله موقوفاً على إجازة وليه إن أجازه كان بها وإلا فلا، كما في درر الحكام٣: ٥٤٥.

(١) يشترط أن يكون الوكيلُ عاقلاً، فلا تصحّ وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل، وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة، فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد، مأذونين كانا أو محجورين، كما في البدائع٦: ٢٠.

(٢) المرادُ بالمأذون: الصبي العاقل الذي أذنه الوليّ، والعبدُ الذي أذنه المولى، كما في شرح الوقاية١: ١٦٣.

(٣) ولو قال: كلاً منهما، لكان أشمل؛ لتناوله توكيل الحرّ البالغ والمأذون، وتوكيل المأذون مثله والحرّ البالغ، كما في شرح الوقاية٤: ١٦٣.

ولا يَتَعَلَّقُ بهما الحُقوق، ويَتَعلَّق بموكِّلهما، والعُقُودُ التي يعقدها الوكلاء على ضربين: فكُلُّ عقدٍ يضيفُه الوكيلُ إلى نفسِهِ مثل: البيع والشِّراء والإجارة، فحقوقُ ذلك العقد تتعلَّقُ بالوكيلِ دون الموكِّل، فيُسَلِّمُ المبيعَ ويَقْبِضُ الثَّمَن، ويُطالبُ بالثَّمن إذا اشترى، ويَقْبِضُ المبيع، ويُخاصِمُ في العَيْب

(**ولا يَتَعَلَّقُ بهما الحُقوق، ويَتَعلَّق بموكِّلهما**)[1]؛ دفعاً للضرر عن الصبيِّ والمولى.

(**والعُقُودُ التي يعقدها الوكلاء على ضربين:**

فكُلُّ عقدٍ يضيفُه الوكيلُ إلى نفسِهِ[2] **مثل: البيع والشِّراء والإجارة، فحقوقُ ذلك العقد تتعلَّقُ بالوكيلِ دون الموكِّل**[3]**، فيُسَلِّمُ المبيعَ ويَقْبِضُ الثَّمَن، ويُطالبُ بالثَّمن إذا اشترى، ويَقْبِضُ المبيع، ويُخاصِمُ في العَيْب**)؛ لأنَّها لو لم تتعلَّق به لأدّى إلى الإضرار بالعاقد حيث لا يعرف خصمه، فيعجز عن استيفاء حقوقه.

---

(١) لأنَّها لمّا تعذَّر رجوعها إليهما؛ لإضرار الصبَيّ المبعد مِن المضارّ وإضرار سيد العبد رجعت إلى أقرب الناس إلى هذا التصرّف، وهو المؤكِّل، إلا أنَّ الحقوق تلزم العبد المحجور بعد العتق؛ لأنَّ المانع حقّ المولى، وقد زال بالعتق، ولا يلزم الصبيّ بعد البلوغ؛ لأنَّ المانع حقُّه، وحق الصبي لا يبطل بالبلوغ، كما في كمال الدراية ق٥٠٧.

(٢) أي: لا يحتاج فيه إلى ذكر الموكل، فإنَّ في البيع والشراء عن الموكل يكفي أن يقول الوكيل: بعت، أو اشتريت، كما في شرح الوقاية ٤: ١٦٤.

(٣) لأنَّ الوكيلَ في هذا الضرب هو العاقد، حقيقة؛ لأنَّ العقد يقوم بكلامه، وحكماً؛ لأنَّه يستغني عن إضافة العقد إلى موكِّله، وحيث كان كذلك كان أصيلاً في الحقوق، فتتعلَّق به، كما في اللباب ١: ٢٩٥.

وكلُّ عقد يضيفُه إلى موكِّله: كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد، فإنَّ حقوقَه تتَعَلَّقُ بالموكِّل دون الوكيل، فلا يُطالبُه وكيلُ الزَّوج بالمهر، ولا يلزم وكيلُ المرأة تسليمَها، وإذا طالب الموكِّلُ المشتري بالثمن فله أن يمنعَه إيّاه فإن دفعَه إليه جاز، ولم يكن للوكيل أن يُطالبَه ثانياً، ومَن وَكَّلَ رَجُلاً بشراءِ شيءٍ فلا بُدَّ من تسميةِ جنسهِ وصفتهِ أو جنسه ومبلغ ثمنه، إلاّ أن يُوكِّلَه وكالةً عامّة فيقول له: ابتع لي ما رأيت

(**وكلُّ عقد يضيفُه إلى موكِّله**[1]: **كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد، فإنَّ حقوقَه تتَعَلَّقُ بالموكِّل دون الوكيل**[2]، **فلا يُطالبُه وكيلُ الزَّوج بالمهر، ولا يلزم وكيلُ المرأة تسليمَها**)؛ لأنَّه لا يؤدِّي إلى ما ذكرنا من الضرر، وعَلَّقَ الشَّافِعيّ ﷺ الحقوقَ بالموكِّل في العقدين جميعاً، والفَرْقُ ظاهرٌ على ما مَرَّ.

(**وإذا طالب الموكِّلُ المشتري بالثمن فله أن يمنعَه إيّاه**)[3]؛ لما مَرَّ أنَّ الحقوقَ متعلقة بالعاقد، (**فإن دفعَه إليه جاز**)؛ لأنَّ الملكَ له، (**ولم يكن للوكيل أن يُطالبَه ثانياً**)؛ لعدم الفائدة؛ لأنَّه لو أخذ لوجبت الإعادة.

(**ومَن وَكَّلَ رَجُلاً بشراءِ شيءٍ فلا بُدَّ من تسميةِ جنسهِ وصفتهِ أو جنسه ومبلغ ثمنه، إلاّ أن يُوكِّلَه وكالةً عامّة، فيقول له: ابتع لي ما رأيت**)[4]، والقياسُ: أنَّ

---

(١) يعني: لا يستغني عن الإضافة فيه إلى موكّله، حتى لو أضافه إلى موكّله لا يصح، كما في البحر٧: ١٥١-١٥٢.

(٢) لأنَّه في هذا الضرب سفيرٌ محض؛ ولذا لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، فكان كالرسول، كما في اللباب١: ٢٩٦.

(٣) لأنَّه أجنبي عن العقد وحقوقه؛ لأنَّ الحقوق إلى العاقد، كما في اللباب١: ٢٩٦، والجوهرة١: ٦٤٠.

(٤) والأصل: أنَّ الجهالةَ اليسيرةَ تتحمّل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً؛ لأنَّ

....

كلَّ جهالة منعت صحّة البيع تمنع صحّة الوكالة، إلا أنَّهم استحسنوا وتحملوا الجهالة اليسيرة في الوكالة؛ لأنَّ النبي ﷺ: «أعطى حكيم بن حزم ﷺ ديناراً ليشتري له به شاة»[1]، ولم يذكر الصفة، ولم يذكر الثمن، واقتصر على تسمية الجنس والثمن.

مبنى التوكيل على التوسعة؛ لأنَّه استعانة، فتتحمّل الجهالةَ اليسيرة، هداية، ثم الجهالة في التوكيل ثلاثة أنواع:

أولاً: جهالة فاحشة: وهي جهالة الجنس: كالثوب والدابة والرقيق، وهي تمنع صحّة الوكالة، وإن بَيَّنَ الثمن؛ لأنَّ الوكيلَ لا يقدر على الامتثال؛ لأنَّ بذلك الثمن يوجد مِن كلِّ جنس.

ثانياً: جهالة يسيرة: وهي جهالة النوع: كالحمار والفرس والثوب الهروي، وهي لا تمنع صحّة الوكالة، وإن لم يُبَيِّن الثمن؛ لأنَّ جهالةَ النوع لا تخلّ بالمقصود، ويمكن رفعها بصرف التوكيل إلى ما يليق بحال الموكِّل، حتى إذا وكّل عاميّ رجلاً بشراء فرس فاشترى فرساً يصلح للملوك، لا يلزمه.

ثالثاً: جهالة متوسّطة: وهي ما يكون بين الجنس والنوع، كما إذا وكَّله بشراء عبد أو جارية، إن بَيَّنَ الثمن أو الصفة، بأن قال: تركياً أو هندياً أو رومياً، صحَّت الوكالة، وإن لم يُبَيِّنْ الثمن أو الصفة، لا تصحّ؛ لأنَّ اختلاف العبيد والجواري أكثر من اختلاف سائر الأنواع، وعادةُ النَّاس في ذلك مُختلفة، فكانت بين الجنس والنوع، وكذا الدار الملحقة بالجنس من كلّ وجه؛ لأنَّها تختلف بقلّة المرافق وكثرتها، فإن بيَّنَ الثمن ألحقت بجهالة النوع، وإن لم يبيِّن ألحقت بجهالة الجنس، كما في اللباب ١: ٢٩٦-٢٩٧، وفتح القدير ٨: ٢٩.

(١) سبق تخريجه عن عروة بن أبي الجعد البارقي ﷺ: (إنَّ النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري له به شاة أو أضحية، فاشترى له شاتين، فباع إحداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار، فدعى

وإذا اشترى الوكيلُ وقبضَ المبيع، ثُمَّ اطّلع على عيب فله أن يـردَّه بالعيـبِ مـا دام المبيع في يدِه، فإن سَلَّمَه إلى الموكِّل لم يردّه إلا بإذنه، ويجوز التَّوكيلُ بعقـدِ الـصَّرفِ والسَّلمِ، فإن فارقَ الوكيلُ صاحبَه قبـل القـبض بَطَـلَ العقـد، ولا تعتـبر مفارقـةُ الموكِّل

وكذلك إذا ذكر الجنس والـصفة ولم يـذكر الـثمن؛ لأنَّ الجهالـةَ قـد قلَّـت بـذكر الصفة.

وفي قوله: ابتع لي ما رأيت؛ تفويض الرأي إليه، فيصحُّ مع الجهالة كالبضع.

(**وإذا اشترى الوكيلُ وقبضَ المبيع، ثُمَّ اطّلع على عيب فله أن يـردَّه بالعيـبِ ما دام المبيع في يدِه**)؛ لتعلُّق الحقوق به، (**فإن سَـلَّمَه إلى الموكِّـل لم يـردّه إلا بإذنـه**)؛ لأنَّ الوكالةَ قد انتهت.

(**ويجوز التَّوكيلُ بعقدِ الصَّرفِ والسَّلمِ**)[1]؛ اعتباراً بسائر العقود، (**فإن فارقَ الوكيلُ صاحبَه قبل القبض بَطَـلَ العقـد، ولا تعتـبر مفارقـةُ الموكِّـل**)؛ لـما مَـرَّ أنَّ الحقوقَ متعلّقةٌ بالعاقد.

له رسول الله ﷺ في بيعه بالبركة، فكان لو اشترىٰ تراباً لربح فيـه) في صـحيح البخـاري ٣: ١٣٣٢، وغيره.

(١) إذا وكَّل شخصاً بأن يعقد عقد الصرف أو يسلِّم في مكيل مـثلاً ففعـل جـاز؛ لأنَّـه عقدٌ يملكه الموكِّل بنفسه، فيجوز التوكيل به، ولو وكَّلَه بأن يقبلَ الـسَّلَم لا يجـوز؛ لأنَّ الوكيلَ يبيع طعاماً في ذمّته علىٰ أن يكون الثمن لغيره، وذلك لا يجوز؛ لأنَّ مَن باعَ مَلَّكَ نفسه العين علىٰ أن يكون الثمن لغيره، ولا يجوز، فكذلك في الديون، كـما في العنايـة٨: ٣٤-٣٥.

وإذا دفع الوكيلُ بالشراء الثمنَ من ماله وقبض المبيع فله أن يرجعَ به على الموكِّل، فإن هَلك المبيعُ في يده قبل حبسه هَلَكَ من مال الموكِّل ولم يسقط الثَّمن، وله أن يحبسَه حتى يستوفي الثَّمن

(**وإذا دفع الوكيلُ بالشراء الثمنَ من ماله وقبض المبيع فله أن يرجعَ به على الموكِّل**)[1]؛ لأنَّه دفع بإذنه دلالة، (**فإن هَلك المبيعُ في يده قبل حبسه هَلَكَ من مال الموكِّل ولم يسقط الثَّمن**)؛ لأنَّ يدَه يد الموكِّل تقديراً.

(**وله أن يحبسَه حتى يستوفي الثَّمن**)[2]؛ لأنَّه نزلَ من الموكِّل منزلة البائع من المشتري في حقِّ وجوب الثمن، وجريان التحالف فيه، والردِّ بالعيب، وليس له ذلك عند زُفَر ﷺ؛ لأنَّه أمينٌ، وبالحبس يصيرُ غاصباً، لكنَّا نقول بعد القبض انتقل البيع إليه، فصار كالبائع.

---

(١) وإنَّما كان له أن يدفع الثمن من ماله؛ لأنَّ الثمنَ متعلِّق بذمّته، فكان له أن يخلص نفسه منه، وإنَّما رجع به على الموكّل؛ لأنَّه هو الذي أدخله في ذلك، كما في الجوهرة١: ٣٠٢، وتحقيقه: أنَّ التبرّع إنَّما يتحقّق إذا كان الدفع بغير أمر الموكل، والأمر ثابت هنا دلالة؛ لأنَّ الموكلَ لَمَّا علم أنَّ الحقوقَ ترجع إلى الوكيل، ومن جملتها دفع الثمن، عَلِمَ أنَّه مطالبٌ بدفع الثمن لقبض المبيع، فكان راضياً بذلك آمراً به دلالة، كما في فتح القدير٨: ٣٨.

(٢) لأنَّ الوكيلَ مع الموكِّل بمنزلة البائع مع المشتري؛ لأنَّ الموكِّل يتلقى المُلكَ فيه من الوكيل بعوض، أي: أنَّ الموكِّل يملك السلعة بعقد الوكيل بعوض يستوجبه الوكيل عليه، والبائع مع المشتري إذا اختلفا في الثمن؛ ولهذا لو اختلف الوكيل والموكّل في الثمن تحالفا، ولو وجد به الموكّل عيباً ردّه على الوكيل، كما في المبسوط١٢: ٢٠٤، ١٩: ٦٠.

فإن حبسَه فهلك في يدِه كان مضموناً ضَمانَ الرَّهن عند أبي يوسف ﷺ، وضمان المبيع عند مُحمَّد ﷺ، وعند زُفَر ﷺ: ضمان الغصب، وإذا وَكَّلَ رجلين فليس لأَحدِهما أن يَتَصَرَّفَ فيما وُكِّلا فيه دون الآخر

(**فإن حبسَه فهلك في يدِه كان مضموناً ضَمانَ الرَّهن عند أبي يوسف ﷺ**)؛ لأنَّه لا بيع بينهما حقيقة، وإنَّما يحسبه على الدَّين، فيكون مضموناً بالأقلّ من قيمته ومن الثمن.

(**وضمان المبيع**[1] **عند مُحمَّد ﷺ**)؛ لأنَّه محبوسٌ بالثمن، (**وعند زُفَر ﷺ: ضمان الغصب**)[2]؛ لما مَرَّ أنَّه بالحبس صار غاصباً، وقد رَوَى قول أبي حنيفة ﷺ مع مُحمَّد ﷺ، وهو الأصحّ[3]؛ لما مرَّ أنَّ البيعَ انتقل إلى الوكيل.

(**وإذا وَكَّلَ رجلين فليس لأَحدِهما أن يَتَصَرَّفَ فيما وُكِّلا فيه دون الآخر**)[4]؛

---

(١) يعني: أنَّه يهلك بالثمن، كما في التبيين٤: ٢٦١، بأن يسقط الثمن قلّ أو كَثُر، وذلك أنَّ الوكيلَ يجعل كالبائع والموكّل كالمشتري منه، ويجعل المبيع كأنَّه هَلَكَ في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري، فينفسخ البيع بين الوكيل والموكِّل، ولا يكون لأحدهما على الآخر شيءٌ، كما في البائع والمشتري، كما في الجوهرة١: ٣٠٢.

(٢) وصورة ضمان الغصب: هو أن تجب قيمته بالغة ما بلغت، فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر، كما في الجوهرة١: ٣٠٢.

(٣) ورجَّح دليلَهما في الهداية٨: ٤١، واعتمده المحبوبيّ والنسفيّ والموصليّ وصدر الشريعة، تصحيح، كما في اللباب١: ٢٩٧.

(٤) وهذا في تصرّف يحتاج فيه إلى الرأي: كالبيع والخلع وغير ذلك؛ لأنَّ الموكِّل رضي برأيهما لا برأي أحدهما، والبدل وإن كان مُقدَّراً، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري، كما في ٨: ٩٥.

إلاّ أن يوكِّلَهما بالخصومة، أو بطلاقِ زوجتِه بغيرِ عوض، أو بعتقِ عبده بغير عوض، أو بردِّ وديعة عنده، أو بقضاء دين عليه، وليس للوكيل أَن يوكِّلَ فيما وُكِّلَ به إلاّ أن يأَذنَ له الموكِّل، أو يقول له: اعمل برأيك

لأنَّه لم يرضَ الإبراء بهما جميعاً، (**إلاّ أن يوكِّلَهما بالخصومة**[1]، **أو بطلاقِ زوجتِه بغيرِ عوض، أو بعتقِ عبده بغير عوض، أو بردِّ وديعة عنده، أو بقضاء دين عليه**)؛ لأنَّ هذه الأشياء لا تفتقر إلى الرأي والتدبير، حتى لو كان الطلاقُ والعتاقُ بعوض لا ينفرد أحدُهما به، ولصاحب الوديعة والدَّين أن ينفردَ بالأخذ بغير أمرهما جميعاً، وبأمر أحدهما أولى، والاجتماع في الخصومة يورث الشغب، ويُخِلُّ بالبيان، فيفوِّتُ المقصود.

وقال زُفَر رضي الله عنه: الخصومةُ كالبيع لحاجتها إلى الرأي، إلا أنَّ الرأي عند الاجتماع لا ينتفع به، فلا يعتبر.

(**وليس للوكيل أَن يوكِّلَ فيما وُكِّلَ به إلاّ أن يأَذنَ له الموكِّل**)[2] في ذلك، (**أو يقول له: اعمل برأيك**)[3]؛ لأنَّ الموكِّلَ لم يرض إلا برأيه.

---

(1) يعني: أنَّ أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه إلى الرأي إلاّ في الخصومة، فإن تكلمهما فيها ليس بشرط؛ لأنَّ اجتماعهما عليها متعذّر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء، ولأنَّ الخصومة يحتاج فيها إلى الرأي، والمُوكِّل رضي برأيهما، واجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقاً عليها فيكتفى بذلك، كما في العناية8: 96-97.

(2) لأنَّه فوّض إليه التصرّف دون التوكيل به، وهذا لأنَّه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء، كما في الهداية8: 99.

(3) لإطلاق التفويض إلى رأيه، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكّل،

فإن وَكَّلَ بغير إذن موكِّله فعقد وكيلُه بحضرته جاز، وإن عقد بغير حضرته فأجازه الوكيلُ الأوّل جاز، وللموكِّل أن يعزلَ الوكيلَ عن الوكالة، فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالتِه وتصرُّفُه جائزٌ حتى يعلم، وتبطلُ الوكالةُ بموتِ الموكِّل، وبجنونه جنوناً مُطبقاً، وبلحاقه بدار

(**فإن وَكَّلَ بغير إذن موكِّله فعقد وكيلُه بحضرته جاز**)؛ لأنَّه انعقد برأيه معنىٰ، (**وإن عقد بغير حضرته فأجازه الوكيلُ الأوّل جاز**)؛ لأنَّه نفذ برأيه.

(**وللموكِّل أن يعزلَ الوكيلَ عن الوكالة**)[1]؛ لأنَّها حقُّه فيملك إبطاله، (**فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالتِه وتصرُّفُه جائزٌ حتى يعلم**)[2]؛ لأنَّه لو انعزل بغير علم كما قال الشَّافِعيّ ﷺ لصار معزولاً فيما يباشره.

(**وتبطلُ الوكالةُ بموتِ الموكِّل، وبجنونه جنوناً مُطبقاً**[3]**، وبلحاقه بدار**

حتىٰ لا يملك الأول عزله، ولا ينعزل بموته، وينعزلان بموت الأول، كما في الهداية٨: ١٠٠.

(١) لأنَّ الوكالةَ حقّه فله أن يبطله، إلا إذا تعلق به حق الغير: كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن، كما في الهداية١: ١٣٧.

(٢) أي: إذا عزل الوكيلُ ولم يبلغه عزلُه، فهو علىٰ وكالته وتصرّفه جائزٌ حتىٰ يعلم؛ لأنَّ في عزله إضراراً به من وجهين: أحدهما: من حيث بطلان ولايته؛ لأنَّ الوكيلَ يتصرّف علىٰ ادعاء أنَّ له ولاية ذلك، وفي العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته، وضرر التكذيب ظاهر لا محالة. والثاني: من حيث رجوع الحقوق إليه، فإنَّه ينقد من مال الموكِّل إن كان وكيلاً بالشراء، ويسلم المبيع إن كان وكيلاً بالبيع، فإذا كان معزولاً كان التصرّف واقعاً له بعد العزل، فيضمنه، فيتضرر به، والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الأول، كما في العناية٨: ١٣٩.

(٣) قيد الجنون بالمطبق؛ لأنَّ قليله بمنزلة الإغماء، وحدّ المطبق: شهر عند أبي يوسف؛

الحرب مرتداً، وإذا وَكَّلَ المكاتبُ ثمّ عَجِز، أو المأذون له فحجر عليه، أو الشريكان ثم افترقا، فهذه الوجوه تبطل الوكالة عَلِمَ الوكيلُ أو لم يعلم، وإذا مات الوكيلُ أو جُنَّ جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة، وإن لَحِق بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرُّف إلاّ أن يعودَ مسلماً

الحرب مرتدّاً)؛ لأنَّ هذه المعاني تبطل أهلية الموكِّل.

(**وإذا وَكَّلَ المكاتبُ ثمّ عَجِز، أو المأذون له فحجر عليه، أو الشريكان ثم افترقا، فهذه الوجوه تبطل الوكالة عَلِمَ الوكيلُ أو لم يعلم**)[1]؛ لما مَرّ، ولا يعتبر العلم؛ لأنَّ العزلَ حصل بطريق الحكم، كما في الموت.

(**وإذا مات الوكيلُ أو جُنَّ جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة**)؛ لبطلان أهليته، (**وإن لَحِق بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرُّف**)؛ لأنَّ التبايِنَ يمنع من استيفاء مقاصد العقد، (**إلاّ أن يعودَ مسلماً**)[2]؛ لأنَّ أهليتَه قد عادت.

اعتباراً بما يسقط به الصوم، قال في الشرنبلالية معزياً إلى المضمرات: وبه يفتي، ومثله في القهستاني والباقلاني، وجعله قاضي خان في فصل ما يقضي به في المجتهدات قول أبي حنيفة ﷺ، وأنَّ عليه الفتوى، فيحفظ، كذا في الدرر، وقال محمد ﷺ: حول؛ لأنَّه يسقط به جميع العبادات، وقال في التصحيح: قال في الاختيار: وهو الصحيح، كما في اللباب١: ٣٠٠.

(١) لأنَّ التوكيلَ تصرُّف غير لازم، فيكون لدوامه حكم ابتدائه، فلا بُدَّ من قيام الأمر، وقد بطل بهذه العوارض، كما في الهداية٨: ١٤١.

(٢) أي:قَبْلَ الحكم بلحاقه؛ لعود الأهلية، قال في النهاية نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام: وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتداً، فإنَّه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعاً ما لم يقض القاضي بلحاقه، اهـ، قال في التصحيح: قالوا: هذا قول أبي حنيفة ﷺ واعتمده

ومَن وَكَّلَ بشيءٍ، ثُمَّ تصرَّف فيما وَكَّلَ به بَطَلَتْ الوكالة، والوكيلُ بالبيع والشراء لا يجوز له أن يَعْقِدَ عند أبي حنيفة ﷺ مع أبيه وجدِّه وولده وولد ولده وزوجته وعبده ومكاتبه، وقالا: يجوزُ بيعُه منهم بمثل القيمة إلاّ في عبده ومكاتبه، والوكيلُ بالبيع يجوز بيعُه بالقليلِ والكثيرِ عند أبي حنيفة ﷺ

(**ومَن وَكَّلَ**) غيرَه (**بشيءٍ، ثُمَّ تصرَّف**) الموكِّلُ (**فيما وَكَّلَ به بَطَلَتْ الوكالة**)؛ لتعذّر فعل الوكيل بزوال المحلية.

(**والوكيلُ بالبيع والشراء لا يجوز له أن يَعْقِدَ عند أبي حنيفة ﷺ مع أبيه وجدِّه وولده وولد ولده وزوجته وعبده ومكاتبه**)[1]؛ لتمكّن التهمة بين هؤلاء لاتصال الملك بينهم؛ ولهذا لا يقبل شهادة أحدهم للآخر.

(**وقالا: يجوزُ بيعُه منهم بمثل القيمة إلاّ في عبده ومكاتبه**)[2]؛ لتباين الأملاك بينهم.

(**والوكيلُ بالبيع يجوز بيعُه بالقليلِ والكثيرِ عند أبي حنيفة ﷺ**)[3]؛ لإطلاق الأمر.

النسفي والمحبوبي، اهـ، وعند أبي يوسف ﷺ: لا تعود بعوده؛ لأنَّه باللحاق التحق بالأموات، فبطلت ولايته، ولا تعود بعوده، كما في اللباب١: ٣٠٠.

(١) لأنَّ مواضع التُهم مستثناة عن الوكالات وهذه مواضعها؛ لأنَّ المنافعَ بينهم متصلة، فصار بيعاً من نفسه من وجه، فلا يجوز؛ ولهذا لا تقبل شهادته لهم، وتباين الأملاك لا يمنع الاتصال من وجه آخر، كما في التبيين٤: ٢٧٠.

(٢) لأنَّ التوكيلَ مطلقٌ ولا تهمة فيه؛ لأنَّ الأملاكَ متباينة، والمنافع منقطعة، فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه؛ لأنَّ ملَّك ملكه له، وله في مال مكاتبه حقّ، وينقلب حقيقة بالعجز، فيكون بيعاً من نفسه، أو تمكنت شبهته، وبخلاف الغبن الفاحش، كما في التبيين٤: ٢٧٠.

(٣) لأنَّ التوكيلَ بالبيع مطلق، فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة، وهذا لأنَّ

(**وقالا**) والشَّافِعيّ ﷺ وهو روايةٌ عن أبي حنيفة ﷺ: (**لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله**)[1]؛ اعتباراً بالشراء[2].

البيعَ هو مبادلة المال بالمال مطلقاً من غير تقييد بنقد أو بقيمة، والبيع بالغبن الفاحش أو بالعرض أو بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك كقوله: بِعه واقضِ به ديني، أو للنفقة ونحو ذلك متعارفٌ عند شدّة الحاجة إلى الثمن والتضجر من العرض، فلم يخرج من أن يكون بيعاً في العرف ولا في الحقيقة؛ ولهذا لو حلف أن يبيعَ يحنث به ويستحقّ الكلُّ بالشفعة، واليمينُ تنصرف إلى المتعارف كالوكالة، كما في التبيين٤: ٢٧١.

(١) لأنَّ مطلقَ الوكالة يتقيّد بالتعارف، والتصرّفات لدفع الحاجات، فيتقيّد التوكيل بها بمواقعها، والمتعارفُ البيع بثمن المثل، وبالنقود حالة أو مؤجلة بأجل متعارف بين الناس، ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الأضحية والفحم والجمد بأيام الحاجة من تلك السنة؛ ولأنَّ البيعَ بغبن فاحش بيعٌ من وجه هبة من وجه؛ ولهذا لو صَدَر من المريض اعتبر من الثلث، ولا يملكه الأب والوصي، فصار كالوكيل بالشراء، والبيع بالعرض شراء من وجه ولم يوكله به ولا بالهبة، فلا يدخل تحت الأمر بالبيع، كما في التبيين٤: ٢٧١.

(٢) قال في البزازية: وعليه الفتوى، لكن في التصحيح: ورَجَّحَ قولَ الإمام وهو المعوَّل عليه عند النسفي، وهو أصحُّ الأقاويل، والاختيار عند المحبوبيّ ووافقه الموصليّ وصدر الشريعة، اهـ، وعليه أصحابُ المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية، وفي التصحيح أيضاً: قال القاضي: واختلفت الروايات في الأجل، والصحيحُ يجوز على كلّ حال، وعن أبي يوسف ﷺ: إن كان التوكيل بالبيع للحاجة إلى النفقة وقضاء الدين ليس له أن يبيع بالنسيئة وعليه الفتوى،اهـ، كما في اللباب١: ٣٠١.

والوكيلُ بالشراء يجوز عقدُه بمثل القيمةِ وزيادةٍ يتغابنُ النَّاسُ في مثلِها، ولا يجوز بما يتغابن الناس في مثله، والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وإذا ضَمِنَ الوكيلُ بالبيعِ الثَّمنَ من المبتاع فضمانُه باطل

(**والوكيلُ بالشراء يجوز عقدُه بمثل القيمةِ وزيادةٍ يتغابنُ النَّاسُ في مثلِها**[1]، **ولا يجوز بما يتغابن الناس في مثله**)؛ لأنَّ البيعَ ينتقل من البائع إلى الوكيل، فيتمكن فيه التهمة لاحتمال أنَّه أعطى للآمر؛ لما فيه من الغبن، وعن أبي حنيفة ﷺ رواية أُخرى: أنَّه كالبيع؛ لإطلاق الأمر.

(**والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين**)[2]؛ لظهور الزيادة، وتحقّق الغبن فيه، أما ما يدخل تحت التقويم فهو مجتهدٌ فيه، فلا يتحقّق الغبن.

(**وإذا ضَمِنَ الوكيلُ بالبيعِ الثَّمنَ من المبتاع فضمانُه باطل**)[3]؛ لأنَّه أمينٌ، فلا يصير ضامناً.

---

(1) الوكيل بالشراء يجوز له أن يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش؛ لأنَّ التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافقه أو قد وجده خاسرا ألحقه بغيره، حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه، قالوا: ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة؛ لأنَّه لا يملك أن يشتريه لنفسه، كما في العناية٨: ٨٢.

(2) فيكون مقابله مما يتغابن فيه، قال شيخ الإسلام ﷺ: هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب، فأما ما له ذلك: كالخبز واللحم وغيرهما، فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل، وإن قلت الزيادة كالفلس مثلاً؛ لأنَّ هذا ممّا لا يدخل تحت تقويم المقومين؛ إذ الداخل تحته ما يحتاج فيه إلى تقويمهم، ولا حاجة هاهنا للعلم به، فلا يدخل، كما في العناية٨: ٨٣.

(3) لأنَّ حكم الوكيل إذا باع أن يكون أميناً فيما يقبضه من الثمن، فلم يجز نفي موجب

وإذا وَكَّلَه ببيع عبده فباع نصفَه جاز عند أبي حنيفة ، وقالا: لا يجوز، وإذا وكَّلَه بشراء عبد فاشترى نصفَه فالشِّراءُ موقوف، فإن اشترى باقيه لزم الموكِّل

(**وإذا وَكَّلَه ببيع عبده فباع نصفَه جاز عند أبي حنيفة**)[1]؛ لأَنَّه مأمورٌ ببيع كلِّ جزء.

(**وقالا**) والشَّافِعيّ: (**لا يجوز**)[2]؛ لأنَّ الشركةَ عيبٌ فاحشٌ، إلاّ أنَّ تعيّبَ الباقي لا يمنع جواز البيع فيما يباع.

(**وإذا وكَّلَه بشراء عبد فاشترى نصفَه فالشِّراءُ موقوف**)؛ لما فيه من العيب، (**فإن اشترى باقيه لزم الموكِّل**)[3]؛ لأَنَّه لا يقدر على شرائه جملة.

القبض من كونه أميناً فيه، فصار كما لو شرط على المودِع ضمان الوديعة، لم يصحّ، كذا هذا، كما في اللباب١: ٣٠٢، فالأمانة لا تصير مضمونة بالشرط كالوديعة، كما في الينابيع ق٢١١.

(١) لأنَّ اللفظَ مطلقٌ عن قيد الافتراق والاجتماع، فيجري على إطلاقه، واستوضح بقوله: ألا ترى أنَّه لو باع الكلَّ بثمن النصف جاز عنده، فإذا باع النصف به أولى، كما في الهداية٨: ٨٥.

(٢) لما فيه من ضرر الشركة، إلاّ أن يبيعَ النصف الآخر قبل أن يختصما أو يجيزه الآمر، وكذلك هذا الاختلاف في كلّ شيء في تبعيضه ضرر: كالأَمة والدابة والثوب وما أشبهه، وإنَّما قيد بالعبد؛ لأنَّه إذا باع نصف ما وُكِّلَ به، وليس في تفريقه ضررٌ: كالكيليّ والوزنيّ والعدديّ المتقارب، جاز إجماعاً، كما في الجوهرة النيرة١: ٣٠٧. قال في التصحيح ص١٥٨: «واختار قول الإمام البرهانيُّ والنسفيُّ وصدرُ الشريعة».

(٣) لأنَّ شراءَ البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال، بأن كان موروثاً بين جماعة، فيحتاج إلى شرائه شقصاً شقصاً، فإذا اشترى الباقي قبل ردِّ الآمر البيع، تبيَّن أنَّه وقع وسيلة

وإن وَكّلَه بشراء عشرةِ أرطال لحم بدرهم، فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يُباع مثله عشرة بدرهم، لزم الموكِّل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة ﷺ، وقالا: يلزمه العشرون، وإذا وَكَّله بشراءِ شيءٍ بعينِهِ فليس له أن يشتريه لنفسِهِ، فإن وكّلَه بشراءِ عبدٍ بغيرِ عينِه فاشترى عبداً فهو للوكيل

(**وإن وَكَّلَه بشراء عشرةِ أرطال لحم بدرهم، فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يُباع مثله عشرة بدرهم، لزم الموكِّل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة ﷺ**)[1]؛ لأنَّه أمرُه بشراء عشرة، وما زاد لم يتناوله الأمر، فصار كالأجنبي.

(**وقالا: يلزمه العشرون**)؛ لأنَّه أمره بصرف الدرهم إلى اللحم، فظنَّ أنَّ سعرَه كذلك، فزاده الوكيلُ خيراً، إلاّ أنَّ المعقودَ عليه هو اللحم، فكان أصلاً في العقد والأمر به، والوكيلُ زاد خيراً في توفير نصف الثمن.

(**وإذا وَكَّله بشراءِ شيءٍ بعينِهِ فليس له أن يشتريه لنفسِهِ**)[2]؛ لأنَّه يصير عازلاً لنفسه عن الوكالة، وليس له ذلك إلا بمحضر من الموكِّل.

(**فإن وكَّلَه بشراءِ عبدٍ بغيرِ عينِه فاشترى عبداً فهو للوكيل**)؛ لأنَّ الأصلَ

فينفذ على الآمر، وهذا بالاتفاق، والفرق لأبي حنيفة ﷺ: أنَّ في الشراء تتحقق التهمة على ما مَرَّ، كما في الهداية٨: ٨٦.

(١) لأنَّ الوكيل يتصرف من جهة الآمر، وهو إنَّما أمره بعشرة وما زاد عليها غير مأمور به، فلا يلزم الموكل ويلزم الوكيل، كما في الجوهرة١: ٣٠٨.

(٢) معناه: لا يتصوّر أن يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل؛ لأنَّ فيه عزل نفسه، وهو لا يملك عزل نفسه، والموكِّل غائبٌ، حتى لو كان الموكِّلُ حاضراً وصرّح بأنَّه يشتريه لنفسه كان المُشترى له؛ لأنَّ له أن يعزل نفسه بحضرة الموكِّل، وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه؛ لأنَّ فيه تغريراً له، كما في التبيين٤: ٢٦٣.

إلاّ أن يقول: نويت الشِّراء للموكِّل أو يشتريه بمال الموكِّل، والوكيلُ بالخصومةِ وكيلٌ بالقبضِ عند علمائنا الثَّلاثة ﷺ

تصرُّف الإنسان لنفسِه، والوكالةُ بعارض، (**إلاّ أن يقول: نويت الشِّراء للموكِّل أو يشتريه بمال الموكِّل**)[1]؛ لارتفاع اللبس بذلك، فإنَّ الظاهرَ أنَّه لا يغصب مال غيره، ويشتري به لنفسه.

(**والوكيلُ بالخصومةِ وكيلٌ بالقبضِ عند علمائنا الثَّلاثة ﷺ**)[2]؛ لأنَّ المقصودَ من التوكيل الاستيفاء، والتوكيل بالتصرُّف يكون توكيلاً بمقصوده، وقال

---

(١) والمراد بقوله أو يشتريه بماله: أن يضيف العقد إليه، وهذه المسألة على وجوه، منها: أن يضيف العقد إلى ثمن معين أو إلى مطلق من الثمن، فإن أضافه إلى معين، كان المُشترى لصاحب ذلك الثمن؛ لأنَّ الظاهر أنَّه يضيف الشراء إلى مال من يشتريه له؛ وهذا لأنَّ الثمن وإن كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وتعيّن قدره ووصفه؛ ولهذا لا يطيب له الربح إذا اشترى بالدراهم المغصوبة ودينه يمنعه من أن يشتريه لنفسه بإضافة العقد إلى مال غيره؛ لأنَّ ذلك مستنكر شرعاً وعادة، فلا يرتكبه، وقد جرى العرف فيما إذا اشترى لنفسه أن يضيف العقد إلى ماله، وهو ليس بمستنكر شرعاً وعرفاً، فيكون المُشترى لِمَن يملك ذلك الثمن وإن نوى خلاف ذلك؛ جرياً على مقتضى العرف والشرع، كما في التبيين٤: ٢٦٤.

(٢) لأنَّ من ملك شيئاً ملك تمامه، وتمام الخصومة بالقبض، والفتوى اليوم على قول زفر ﷺ؛ لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة مَن لا يؤتمن على المال، ونظيره الوكيل بالتقاضي، يملك القبض على أصل الرواية؛ لأنَّه في معناه وضعاً إلا أنَّ العرف بخلافه، وهو قاض على الوضع، والفتوى على أن لا يملك، هداية، ونقل في التصحيح نحوه عن الاسبيجاني والينابيع والذخيرة والواقعات وغيرها، ثم قال: وفي

والوكيلُ بقبضِ الدَّينِ وكيلٌ بالخصومةِ فيه عند أبي حنيفة ﵁، وإذا أَقرّ الوكيلُ بالخصومة على موكِّله عند القاضي جاز إقرارُه

زُفَر ﵁: ليس كلُّ مَن يؤتمن على الجدال يؤتمن على أخذ المال، فلا يكون وكيلاً فيه، وعليه الفتوى؛ لتغير الناس وفسادهم.

(**والوكيلُ بقبضِ الدَّينِ وكيلٌ بالخصومةِ فيه عند أبي حنيفة ﵁**)[1]؛ اعتباراً بالوكيل بالبيع؛ إذ القبض تملّك وتمليك، فإنَّ الدَّينَ يقضى بمثله لا بعينه، وقالا: لا يكون وكيلاً بالخصومة فيه؛ لأنَّهما غيران.

(**وإذا أَقرّ الوكيلُ بالخصومة على موكِّله عند القاضي جاز إقرارُه**)[2]؛ لأنَّه مأمور بالجواب، وهو أحد نوعي الجواب.

الصغرى التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف إن كان في بلده العرف بين التجار: أنَّ المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالقبض وإلا فلا، وهذا اللفظُ في التتمة ونقل مثله عن محمد بن الفضل ﵁، اهـ، كما في اللباب١: ٣٠٣.

(١) حتى لو أقام المدعى عليه البينة أنَّ صاحب الدَّين استوفى منه، أو أبرأه عنه، قبلت بينته، كما في البدائع٦: ٢٥؛ لأنَّه وكَّله بالتملك؛ لأنَّ الديون تقضى بأمثالها، وهو يقتضي حقوقاً، وهو أصيل فيها، فيكون خصماً، وقالا: لا يكون خصماً، وهو رواية الحسن ﵁ عن أبي حنيفة ﵁؛ لأنَّه ليس كلّ مَن يؤتمن على المال يهتدي للخصومة، فلم يكن الرضا بالقبض رضا بالخصومة، قال في التصحيح: وعلى قول الإمام ﵁ مشى المحبوبي في أصحّ الأقاويل والاختيارات والنسفيّ والموصليّ وصدر الشريعة، ثم قال: وقيد بقبض الدَّين؛ لأنَّ الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة فيها بالإجماع، قاله في الاختيار وغيره، كما في اللباب١: ٣٠٤.

(٢) وهذا استحسان؛ لأنَّ التوكيلَ صحيحٌ قطعاً، وصحّته بتناوله ما يملكه قطعاً

ولا يجوز إقرارُه عليه عند غيرِ القاضي عند أبي حنيفةِ ومُحمَّد ﷺ، وقال أبو يوسف ﷺ: يجوز إقرارُه عليه عند غير القاضي، ومَن ادّعى أنَّه وكيلُ الغائب في قبضِ دَينِهِ فصدَّقُه الغريم أُمِرَ بتسليمِ الدَّين

وعند زُفَر والشَّافِعيّ ﷺ: لا يجوز إقرارُه عند القاضي[1]؛ لأنَّ مَن لا يجوز إقرارُه عند غير القاضي لا يجوز عند القاضي، دليله: إذا نهاه، إلاّ أنَّه إذا نهاه لم يبقَ العقد مطلقاً، وإنَّما ملك الإقرار يقتضيه الإطلاق.

(**ولا يجوز إقرارُه عليه عند غيرِ القاضي عند أبي حنيفةِ ومُحمَّد ﷺ**)؛ لأنَّه إنَّما يكون جواباً عند القاضي، (**إلاّ أنَّه يخرج من الخصومة**)[2] ضرورة.

(**وقال أبو يوسف ﷺ: يجوز إقرارُه عليه عند غير القاضي**)[3]؛ لأنَّ الموكِّل أقامَه مقام نفسه، لكنّا نقول: قائم مقامه في جواب الخصومة المعتبرة، وذلك عند القاضي، وجوابه عند غير القاضي لغو؛ ولهذا لو حَلَفَ لم يعتد به.

(**ومَن ادّعى أنَّه وكيلُ الغائب في قبضِ دَينِهِ فصدَّقُه الغريم أُمِرَ بتسليمِ الدَّين**

وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عيناً، كما في الهداية٨: ١١٤، وصورته: أن يوكِّله بأن يدعي على رجل شيئاً فأقرّ عند القاضي ببطلان دعواه، أو كان وكيلُ المدعى عليه فأقرّ على موكِّله بلزوم ذلك الشيء، كما في الجوهرة١: ٣٠٩.

(١) أي: لا يصح إقراره لا في مجلس القاضي ولا في غير مجلسه، وهو القياس؛ لأنَّه مأمورٌ بالخصومة، وهي منازعة، والإقرار يضاده؛ لأنَّه مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده، كما في الجوهرة١: ٣٠٩.

(٢) لأنَّ في زعمه أنَّ الموكّلَ ظالمٌ له بمطالبته، وأنَّه لا يستحقّ عليه شيئاً، فلا تصحّ الخصومة في ذلك، كما في الجوهرة١: ٣٠٩.

(٣) وكذا عند القاضي أيضاً؛ قال في التصحيح: قال الإسبيجابي: والصحيحُ قولهما، كما في اللباب١: ٣٠٤.

إليه فإن حَضَرَ الغائبُ فصدَّقه، وإلاّ دَفَعَ إليه الغريمُ الدَّينَ ثانياً، وإن قال: إنّي وكيل بقبضِ الوديعة فصَدَّقَه المودَعُ لم يؤمر بالتَّسليم إليه

إليه[1]؛ لإقراره باستحقاق القبض من غير إسقاط حق الغائب.

[(**فإن حَضَرَ الغائبُ فصدَّقه، وإلاّ دَفَعَ إليه الغريمُ الدَّينَ ثانياً**)][2].

(**وإن قال: إنّي وكيل**) الغائب (**بقبضِ الوديعة فصَدَّقَه المودَعُ لم يؤمر بالتَّسليم إليه**)؛ لأنَّ فيه إسقاطَ حقِّ الغائب من العين، والشَّافِعيّ ﷺ ألحق الدَّين بالوديعة حيث لم يثبت الوكالة فيهما.

والفرق: أنَّه في الوديعة متصرِّف في حقّ الغير، وفي الدَّين في حقّ نفسه؛ لأنَّ الدَّينَ يُقضىٰ بمثله، فأمكن حفظ حقّ الغائب فيه، حتىٰ لو حضر الغائب وأنكر الوكالةَ دَفَعَ إليه الغريم الدَّين ثانياً؛ لأنَّ إقرارَه لا ينفذ علىٰ الغير.

---

(1) أي: أُجبر علىٰ ذلك؛ لأنَّ الوكالة قد ظهرت بالتصديق؛ ولأنَّ تصديقه إقرار علىٰ نفسه، ثم إذا دفع إليه ليس له أن يستردَّه بعد ذلك، وقيّد بالتصديق؛ لأنَّه إذا سكت أو كذبه لا يجبر علىٰ دفعه إليه، ولكن لو دفع إليه لم يكن له أن يستردّه، كما في الجوهرة١: ٣١٠.

(2) زيادة من جـ.

لأنَّه إذا صدّقه ظهر أنَّه كان وكيلاً له، وقبض الوكيل قبض الموكل، فتبرأ ذمته به، وإن كذَّبَه لم يَصِر مستوفياً بالقبض؛ لأنَّه لم تثبت وكالته، والقولُ قوله في ذلك مع يمينه؛ لأنَّه منكرٌ ولا يكون قولهما حجّة عليه، فيأخذ منه الدين ثانياً، إن لم يجر استيفاؤه، كما في التبيين؛ لأنَّه لم يثبت الاستيفاء، حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه، كما في الجوهرة١: ٣١٠.

(**ويرجع به على الوكيل إن كان**) المالُ (**باقياً في يده**)[1]؛ لأنَّ عينُ مالـه دفعَـه إليه على وجه يُبْرِئ ذمّته، فإذا أُخذ منه ثانياً كـان لـه أخـذُه، وإن لم يكـن في يـده لم يرجع عليه بشيء؛ لأنَّ في زعمه أنَّه كـان أميناً في القـبض، وإنَّـما الطالـبُ ظلمـه، فليس له أن يظلم غيرَه، وقد مرّت مسألة الوديعة.

***

(١) أي: رجع الغريم بما قبضه الوكيل إن كان باقياً في يـده؛ لأنَّـه ملكـه وانقطـع حـق الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانياً، وإن ضـاع المقبـوض في يـد الوكيل لا يرجع به عليه؛ لأنَّ الغريم بإقراره صار محقـاً في قبـضه الـدين، وإنَّـما ظلمـه الطالب بالأخذ منه ثانياً والمظلوم لا يظلم غيره، كما في التبيين٤: ٢٨٢.

كتابُ الكفالة

الكفالة ضربان: كفالةٌ بالنَّفس، وكفالةٌ بالمال

كتابُ الكفالة

(**الكفالةُ**[1] **ضربان**[2]: **كفالةٌ بالنَّفس، وكفالةٌ بالمال.**

(١) الكفالة: لغةً: مطلق الضمّ، قال ﷻ: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]: أي ضمّها إلى نفسه، واصطلاحاً: هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، كما في الكنز والتبيين٤: ١٤٦.
وسببها: مطالبة مَن له الحقّ؛ للتوثق بتكثير محلّ المطالبة، أو تيسير وصول حقه إليه.
وركنها: الإيجاب والقبول عندهما، خلافاً لأبي يوسف ﷺآخراً.
وأهلها: أهل التبرّع، حتى لا تصحّ ممّن لا يملك التبرع: كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب والصغير، وكذا لا تصحّ من المريض إلاّ من الثلث؛ لأنّه لا يملك التبرّع بأكثر منه، كما في التبيين٤: ١٤٦.

(٢) شروط الكفالة:
١. أن يكون الأصيل قادراً على تسليم المكفول به بنفسه أو بنائبه عند أبي حنيفة ﷺ، فلا تصح الكفالة بالدَّين عن ميت مفلس عنده، وعند أبي يوسف ومحمّد ﷺ: تصح.
٢. أن يكون الأصيلُ معلوماً، بأن كَفِل ما على فلان، فأَمّا إذا قال: على أَحَدٍ من النَّاسِ أو بعينٍ أو بنفس أو بفعل، فلا يجوز؛ لأنَّ المضمون عليه مجهول؛ ولأنَّ الكفالةَ جوازها بالعرف، والكفالةُ على هذا الوجه غير معروفة، فأما حرية الأصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة؛ لأنَّ الكفالةَ بمضمون ما على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل.

٣. أن يكون المكفول له معلوماً، حتىٰ أنَّه إذا كفل لأحد من النّاس لا تجوز؛ لأنَّ المكفولَ له إذا كان مجهولاً لا يحصل ما شرع له الكفالة، وهو التوثق.

٤. أن يقبل المكفول له في مجلس العقد، وأنَّه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمّد ﷺ إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس، حتىٰ أنَّ مَن كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز، لا تجوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر؛ لأنَّ فيه معنىٰ التمليك أيضاً، والتمليك لا يقوم إلا بالإيجاب والقبول، فكان الإيجاب وحده شطر العقد فلا يقف علىٰ غائب عن المجلس كالبيع مع ما أنا نعمل بالشبهين جميعاً، وعن أبي يوسف ﷺ روايتان، وظاهر إطلاق مُحمَّد ﷺ في الأَصل أنَّها جائزةٌ علىٰ قوله الآخر.

٥. أن يكون المكفولُ له عاقلاً، فلا يَصِحُّ قَبول المجنون والصَّبيِّ الذي لا يَعْقِل؛ لأنَّهما ليسا من أهل القبول، ولا يجوز قَبول وليهما عنهما؛ لأنَّ القَبولَ يعتبر ممَّن وقع له الإيجاب، ومَن وقع له الإيجاب ليس من أهل القبول، ومن قبل لم يقع الإيجاب له فلا يعتبر قبوله.

٦. أن يكون المكفولُ به مضموناً علىٰ الأصيل، سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس.

وأما العين فنوعان:

الأول: عين أمانة، فلا تصحّ الكفالة بها، سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم: كالودائع ومال الشركات والمضاربات، أو كانت أمانة واجبة التسليم: كالعارية والمستأجَر في يد الأجير؛ لأنَّه أضاف الكفالةَ إلىٰ عينها، وعينها ليست بمضمونة.

الثاني: عين مضمونة، فنوعان:

أ. مضمون بنفسه: كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض علىٰ سوم الشراء، فتصحّ الكفالة؛ لأنَّه كفالة بمضمون بنفسه، ألا ترىٰ أنَّه يجب رد عينه حال قيامه، ورد

فالكفالة بالنَّفس جائزة، والمضمون بها إحـضار المكفـول بـه)؛ لأنَّ الحـضورَ لازمٌ على الأصيل، فجاز أن يلزمَ الكفيلُ إحضارُه كما في المال.

مثله أو قيمته حال هلاكه، فيصير مضموناً على الكفيل على هذا الوجه أيضاً.

ب. مضمون بغيره: كالمبيع قبل القبض والرهن، فـلا تـصح الكفالـة؛ لأنَّ المبيـع قبـل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه، ألا ترى أنَّه إذا هلك في يد البائع لا يجب عليـه شيء، ولكن يسقط الثمن عن المشتري، وكذا الرهن غير مضمون بنفسه، بل بالدين، ألا ترى أنَّه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء، ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره.

وأما الفعل، فهو فعل التسليم في الجملة، فتجوز الكفالـة بتـسليم المبيـع والـرهن؛ لأنَّ المبيعَ مضمونُ التسليم على البائع، والرهنَ مضمونُ التسليم على المرتهن في الجملة بعـد قضاء الدَّين، فكان المكفول به مضموناً على الأصـيل، وهـو فعـل التـسليم، فـصحّت الكفالة به، لكنَّه إذا هلك لا شيء على الكفيل؛ لأنَّه لم يبق مضموناً عـلى الأصـيل، فـلا يبقى على الكفيل.

وأمّا الدينُ، فتصحّ الكفالة به بلا خلاف؛ لأنَّه مضمونٌ على الأصيل مقدور الاسـتيفاء من الكفيل.

٧. أن يكون المكفولُ به مقدورَ الاستيفاء من الكفيل؛ ليكون العقدُ مفيداً، فـلا تجـوز الكفالة بالحدود والقصاص؛ لتعذّر الاستيفاء من الكفيل، فلا تفيد الكفالة فائدتها.

٨. أن يكون الدَّين المكفول به لازماً، فـلا تـصحّ الكفالـة عـن المكاتـب لمـولاه ببـدل الكتابة؛ لأنَّه ليس بدين لازم؛ لأنَّ المكاتبَ يملك إسقاط الدين عن نفـسه بـالتعجيز لا بالكسب، كما في البدائع ٦: ٦-٧.

وتنعقدُ إذا قال: تكفَّلت بنفسِ فلان، أو برقبتِه، أو بروحِه، أو بجسدِه، أو برأسه، أو بنصفِه، أو بثلثِه، وكذلك إن قال: ضمنتُه، أو هو عليَّ، أو إليَّ، أو أَنا زعيمٌ به

وقال الشَّافِعيّ ﷺ في قول: لو صحّت الكفالة لَمَا برئ إلا بالأداء أو الإبراء كالمال، وهنا يبرأ بموت المكفول به فلا تصحّ، إلاّ أنّ براءةَ الكفيل تتبع براءة الأصيل، وهنا بالموت برئ الأصيلُ عن الحضور فكذا الكفيل، بخلاف المال.

(**وتنعقدُ إذا قال: تكفَّلت بنفسِ فلان، أو برقبتِه، أو بروحِه، أو بجسدِه، أو برأسه، أو بنصفِه، أو بثلثِه**)[1]؛ لأنَّ هذه الأشياء يعبَّرُ بها عن الجملة، وإذا ثبت الكفالة في الجزء الشائع تسري إلى الجميع كالطلاق والعتاق.

(**وكذلك إن قال: ضمنتُه**[2]**، أو هو عليَّ**[3]**، أو إليَّ، أو أَنا زعيمٌ به**[4]

---

(١) الأصلُ فيه: أنَّه إذا أضافَ الكفالة إلى جزء جامع: كالرأس والوجه والرقبة ونحوها، جازت؛ لأنَّ هذه الأجزاء يعبّر بها عن جملة البدن، فكان ذكرها ذكراً للبدن، وكذا إذا أضاف إلى جزء شائع: كالنصف والثلث ونحوهما، جازت؛ لأنَّ حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة، والنفس في حق وجوب التسليم لا تتجزأ، وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكلّه، وإذا أضافها إلى اليد أو الرجل ونحوهما من الأجزاء المعيّنة، لا تجوز؛ لأنَّ هذه الأعضاء لا يعبّر بها عن جميع البدن، وهي في حكم الكفالة متجزئة، فلا يكون ذكرها ذكراً لجميع البدن، كما في الطلاق والعتاق، كما في البدائع٦: ٧.

(٢) لأنَّه تصريح بمقتضى الكفالة؛ لأنَّه يصير ضامناً للتسليم، والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك، كما في التبيين٤: ١٨٤.

(٣) كلمةُ: عليَّ؛ للالتزام، فكأنَّه قال: أنا الملتزمُ تسليمُه، وأمّا إليَّ فلان: كلمةُ إليَّ بمعنى: عليَّ، كما في رد المحتار٤: ٢٥٣.

(٤) لأنَّ الكفيل يسمّى زعيماً؛ قال ﷻ حكاية عن صاحب يوسف عليه السلام: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ۝٧٢﴾ [يوسف: ٧٢]، أي: كفيل، كما في التبيين٤: ١٤٨.

أو قبيل، فإن شَرَطَ في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينـه لزمـه إحـضارُه إذا طالبَه به في ذلك الوقت، فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم حتى يحضره

أو قبيل[1])[2]؛ لأنَّ هذه الألفاظ كلُّها دالّة على الضَّمان.

(فإن شَرَطَ في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينـه[3] لزمـه إحـضارُه إذا طالبَه به في ذلك الوقت)[4]؛ إيفاء للشرط، (فإن أحضرَه) فيه وسَلَّمَه (وإلا حبسه الحاكمُ حتى يحضرَه)[5]؛ لامتناعه عن أداء حقٍّ لازم، كما في المال.

---

(١) لأنَّ القبيل هو الكفيل؛ ولهذا يسمّى الصك قُبَالَةً؛ لأنَّه يحفظ الحق، فيكـون وثيقـة كالكفيل، كما في التبيين ٤: ١٤٨.

(٢) ألفاظ الكفالة: كلُّ ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة، وفي جامع الفتاوى: هذا إليَّ أو وأنا كفيل به أو قبيل أو زعيم، كان كله كفالة بالنفس لا كفالة بالمال، أي: أنَّها لا تكون كفالة مال أصلاً، بل المراد أنَّه إذا قال: أنا به كفيل أو زعيم... الخ، أي: بالرجل، كان كفالة نفس؛ لأنَّها أدنى من كفالة المال ولم يصرّح بالمـال، بخـلاف مـا إذا توجهـت هذه الألفاظ على المال، فإنَّها تكون كفالة مال؛ لأنَّها صريحة به، فلا يراد بها الأدنى، وهو كفالة النفس مع التصريح بالمال أو بضميره، كما في رد المحتار ٥: ٢٨٦.

(٣) لأنَّ هذا تأجيل الكفالة بالنفس إلى وقت معلـوم، فيـصح كالكفالـة بالمـال، وكـذا سائر أنواع الكفالات في التعليق بالشرط والتأجيل والإضـافة إلى الوقـت سـواء؛ لأنَّ الكلّ في معنى الكفالة على السواء، كما في البدائع ٦: ٤.

(٤) لأنَّه التزمه بالشرط في الكفالة، فيجب عليه الوفاء به إن طلبه في ذلـك الوقـت، أو بعده كالدين المؤجل إذا طلبه صاحبه بعد حلول الأجل، كما في التبيين ٤: ١٤٨.

(٥) لامتناعه عن إيفاء ما وجب عليه، ولكن لا يحبسه أول مرة؛ لاحتمال أنَّه مـا عـرف لماذا يدعى، فيمهله حتى يظهر له مطله؛ لأنَّه جزاء الظلم، وهو ليس بظالم قبل المماطلة، كما في التبيين ٤: ١٤٨.

وإذا أحضره وسلَّمَه في مكان يقدر المكفول له على محاكمته برئ الكفيل من الكفالة، وإذا تكفّل به على أن يُسلِّمه في مجلسِ القاضي فسَلَّمَه في السُّوق برئ، وإن سَلَّمَه في بريّةٍ لم يَبْرَأ

(**وإذا أحضره وسلَّمَه في مكان يقدر المكفول له على محاكمته برئ الكفيل من الكفالة**)[1]؛ لأنَّه أتى بما التزم.

(**وإذا تكفّل به على أن يُسلِّمه في مجلسِ القاضي فسَلَّمَه في السُّوق برئ، وإن سَلَّمَه في بريّةٍ لم يَبْرَأ**)[2]؛ لأنَّ المقصودَ من الكفالة المحاكمة، وفي السوق يمكنه ذلك، وفي البرية لا يمكنه، فإذا سلَّمَه في بلد آخر برئ عند أبي حنيفة ﵁ خلافاً لصاحبيه.

---

(١) لأنَّه أتى بما التزمه وحصل المقصود به؛ وهذا لأنَّه ما التزم التسليم إلا مرة واحدة، كما في الهداية٧: ١٦٩.

(٢) لحصول المقصود، وهو القدرة على المحاكمة، وقال السرخسي ﵁: المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا؛ بناءً على عادتهم في ذلك الوقت، أما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس؛ لأنَّ الظاهر المعاونة على الامتناع؛ لغلبة أهل الفسق والفساد لا على الإحضار، والتقيد بمجلس القاضي مفيد، وإن سلَّمه في برية لم يبرأ؛ لعدم المقصود، وهو القدرة على المحاكمة، كما في العناية٧: ١٦٩، وفي الملتقى ص١٢٤: والمختار في زماننا: أنَّه لا يبرأ. انتهى. أي: سواء كان التسليم في سوق ذلك المصر أو في سوق مصر آخر. وفي المنح ق٢: ٧٩/ أ-ب: وهو قول زفر ﵁، وبه يفتى في زماننا؛ لتهاون الناس في إقامة الحق، ومحل الاختلاف في بلد لم يعتادوا نزع الغريم من يد الخصم، كما في الفتح٦: ٢٨٩، والبحر٦: ٢٢٩.

وإذا مات المكفولُ به برئ الكفيلُ من الكفالة بالنفس، وإذا تكفَّلَ بنفسه على أنَّه إن لم يواف به في وقتٍ كذا فهو ضامنٌ لما عليه، وهو ألف، فلم يحضره في الوقت، لزمه ضمان المال، ولم يبرأ من الكفالة بالنفس، ولا تجوز الكفالةُ بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة ﷺ

(**وإذا مات المكفولُ به برئ الكفيلُ من الكفالة بالنفس**)[1]؛ لأنَّه سقط الحضور عن الأصيل، فسقط الإحضار عن الكفيل.

(**وإذا تكفَّلَ بنفسه على أنَّه إن لم يواف به في وقتٍ كذا فهو ضامنٌ لما عليه، وهو ألف، فلم يحضره في الوقت، لزمه ضمان المال، ولم يبرأ من الكفالة بالنفس**)[2]؛ لأنَّه تَكَفَّلَ بالكفالتين؛ إذ تعليق الكفالة بالشرط جائز، فالوفاء بأحدهما لا يوجب البراءة من الأخرىٰ.

(**ولا تجوز الكفالةُ بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة ﷺ**)[3]: أي

---

(١) بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو موت أحدهما مسقط لها، أما إذا مات المكفول به؛ فَلِأنَّ الكفيل عجز عن إحضاره؛ ولأنَّه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل، وأما إذا مات الكفيل؛ فَلِأنَّه عجز عن تسلم المكفول بنفسه لا محالة. وأما الكفيل بالمال فإنَّ الكفالة لا تبطل بموته؛ لأنَّ ماله يصلح نائباً؛ إذ المقصود إيفاء حقّ المكفول له بالمال، ومال الكفيل صالح لذلك، فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في حالة الحياة، كما في العناية٧: ١٧٠-١٧١.

(٢) لأنَّه ضمّ إلىٰ الكفالة بالمال الكفالة بالنفس، فإذا وَفَّىٰ أحدهما بقي عليه الآخر، وقوله: ولم يبرأ من الكفالة بالنفس، فإن قيل: ما الفائدة في ذلك وقد حصل المقصود، وهو ضمان الألف؟ قلنا: لجواز أن يكون عليه دين آخر، كما في الجوهرة١: ٣١٢.

(٣) معناه: لا يجبر عليها عنده؛ لأنَّ مبنىٰ الكلّ علىٰ الدرء، فلا يجب فيها الاستيثاق

وأَمّا الكفالةُ بالمال فجائزةٌ معلوماً كان المـالُ المكفـولُ بـه أو مَجهـولاً إذا كـان دينـاً صحيحاً، مثل أن يقول: تكفّلتُ عنه بألف أو بما لك عليه أو بـما يـدركك في هـذا البيع

لا يطلبُها القاضي ابتداءً، فإن بذلَها المطلوب جـاز؛ لأنّهـا شُرِعَـت للتوثيـق، والمستحقُّ هاهنا الدرء.

وقالا: هي جائزة؛ لأنَّ الحـضورَ مـستحقٌ عليـه، فجـاز أخـذُ الكفيـل عنـه كالمال.

(**وأَمّا الكفالةُ بالمال فجائزةٌ معلوماً كان المالُ المكفولُ بـه أو مَجهـولاً إذا كـان ديناً صحيحاً**[1]، **مثل أن يقول: تكفّلتُ عنه بألف**) درهم (**أو بما لـك عليـه، أو بـما يدركُك**[2] **في هذا البيع**)؛ لقوله ﷺ:..

بخلاف سائر الحقوق؛ لأنَّها لا تندرئ بالشبهات، فيليق بها الاستيثاق، كما في التعزيـر، وقالا: يجبر في حدّ القذف؛ لأنَّ فيه حق العبد، وفي القصاص؛ لأنَّه خالص حقّ العبـد، فيليق بهما الاستيثاق، كما في التعزير، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى، كما في الهداية٧: ١٧٧، قال في التصحيح بعد ما ذكر عبـارة الهدايـة: فـسَّره بـذلك الاسـبيجاني، قـال: المشهور من قول علمائنا: أنَّ الكفالةَ بالنفس في الحـدود والقـصاص جـائزة في اختيـار المطلوب، أما القاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل، وقال أبو يوسف ومحمّـد رحمهما الله: يؤخـذ منه الكفيل ابتداء، واختار قول الإمـام رضي الله عنه النَّـسفيُّ والمحبـوبيُّ وغيرهمـا، اهــ، كـما في اللباب١: ٣٠٨.

(١) الدَّينُ الصحيحُ: دينٌ لا يسقط إلاّ بالأداء أو الإبراء، وهو احترازٌ عن بدل الكتابة، فإنَّه دَينٌ غيرُ صحيح؛ إذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وهو يسقط بالعجز، كـما في شرح الوقاية٤: ٨٨-٨٩.

(٢) هذا الضمان يُسمّى ضمان الدرك، وهو ضمانُ الاستحقاق: أي يضمن للمشتري

والمكفولُ له بالخيار: إن شاء طالب الذي عليه الأصل، وإن شاء طالب كفيله، ويجوز تعليقُ الكفالة بالشرط، مثل أن يقولَ: ما بايعت فلاناً فعليَّ، أو ما ذاب لك عليه فعليَّ، أو ما غَصَبَ فلانٌ فعليَّ

﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ٧٢﴾ [يوسف: ٧٢]، وهو مجهول.

والشَّافِعيّ ﷺ ناقض في قوله: لا يجوز بمجهول، فإنَّه جوَّز ضمان الدرك وهو مجهول، ولا حجّة له فيما إذا قال: تكفلت ببعض ما عليه، فإنَّ عندنا يصحّ ذلك أيضاً، والخيار إلى الضمين في البيان.

واحترز بقوله: «ديناً صحيحاً» عن مال الكتابة أنَّه لا تصحّ به الكفالة؛ لأنَّ المولى لا يجب له على عبده دين.

(**والمكفولُ له بالخيار: إن شاء طالب الذي عليه الأصل، وإن شاء طالب كفيله**)؛ لأنَّ الكفالةَ ضمُّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصيل في حَقِّ المطالبة[1].

(**ويجوز تعليقُ الكفالة بالشرط، مثل أن يقولَ: ما بايعت[2] فلاناً[3] فعليَّ، أو ما ذاب[4] لك عليه فعليَّ، أو ما غَصَبَ فلانٌ فعليَّ**)؛ لإجماع المسلمين على جواز ضمان الدرك.

بردّ الثمن إذا استحق المبيع مستحق، كما في شرح الوقاية ٤: ٨٩.

(١) وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه، إلا إذا شرط فيه البراءة، فحينئذٍ تنعقد حوالة؛ اعتباراً للمعنى، كما أنَّ الحوالةَ بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة، كما في العناية٧: ١٨٢.

(٢) أي: ما بايعت منه، فإنَّه ضامن بثمنه، لا ما اشتريت منه، فإنَّه ضامن للمبيع، فإنَّ الكفالة بالمبيع لا تجوز، كما في شرح الوقاية ٤: ٨٩.

(٣) قيد: بفلان؛ إشارة إلى أنَّ المكفول عنه يجب أن يكون معلوما؛ لأنَّ جهالته تمنع صحة الكفالة، كما في فتح باب العناية٢: ٤٩٩.

(٤) أي: ما وجب، ففي هذه الصورة ما؛ شرطية، معناه: إن بايعت فلاناً فيكون في

فإذا قال: تكفّلت بما لك عليه، فقامت البيِّنة عليه بألف ضمنه الكفيل، فإن لم تقم البيِّنة فالقول للكفيل مع يمينه مقدار ما يعترف به، فإن اعترفَ المكفولُ عنه بأكثر من ذلك لم يُصدَّق على كفيله، وتجوز الكفالةُ بأمر المكفول عنه وبغير أمره، فإن كَفِلَ بأمره رَجَعَ عليه بما أدّى، وإن كَفِلَ بغير أمره لم يرجع بما يؤدِّيه

(**فإذا قال: تكفّلت بما لك عليه، فقامت البيِّنة عليه بألف ضمنه الكفيل**)[1]؛ لالتزامه، (**فإن لم تقم البيِّنة فالقول للكفيل مع يمينه مقدار ما يعترف به**)؛ لأنَّه منكرٌ استحقاق الزيادة عليه، (**فإن اعترفَ المكفولُ عنه بأكثر من ذلك لم يُصدَّق على كفيله**)؛ لأنَّ قولَ الإنسان لا ينفذ على غيره، والمال لازم له لإقراره به.

(**وتجوز الكفالةُ بأمر المكفول عنه وبغير أمره**)[2]؛ تقوية لحقّ الطالب، وإعانة للمطلوب، (**فإن كَفِلَ بأمره رَجَعَ عليه بما أدّى**)[3]؛ لأنَّ الأمرَ به في معنى الاستقراض، (**وإن كَفِلَ بغير أمره لم يرجع بما يؤدِّيه**)؛ لأنَّه تبرعٌ بقضاء دَين الغير.

معنى التعليق، كما في شرح الوقاية ٤: ٨٩.

(١) لأنَّ الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان، كما في درر الحكام ٢: ٣٠٢.

(٢) لأنَّه التزام المطالبة، وهو تصرّفٌ في حقّ نفسه، وفيه نفعٌ للطالب، ولا ضرَّر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع؛ إذ هو عند أمره، وقد رضي به، كما في الهداية ٧: ١٨٨.

(٣) لأنَّه قضى دينه بأمره، فيرجع عليه، وإذا أدى خلافه رجع بما ضمن لا بما أدى، حتى لو كفل بالجياد وأدى الزيوف وَتَجَوَّزَ مَن له الدراهم على المكفول عنه رجع بالجياد، ولو كفل بالزيوف وادّعى الجياد رجع عليه بالزيوف؛ لأنَّ رجوع الكفيل بحكم الكفالة، وإنَّما يرجع بما يدخل تحت الكفالة، بخلاف المأمور بأداء الدَّين، فإنَّه يرجع بما أدّى، إذ لا يجب عليه شيء حتى يملكه بالأداء، بل كان مقرضاً، فيرجع بما أدّى، كما في درر الحكام ٢: ٣٠٢.

وليس للكفيل أن يطالبَ المكفولَ عنه بالمال قبل أن يؤدِّيه عنه، فإن لوزم بالمال كان له أن يلازمَ المكفول عنه حتى يخلصَه، وإذا أبرأ الطالبُ المكفولَ عنه أو استوفى منه برئ الكفيل، وإن أبرأ الكفيلَ لم يبرأ المكفول عنه، ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط

(**وليس للكفيل أن يطالبَ المكفولَ عنه بالمال قبل أن يؤدِّيه عنه**)؛ لأنَّه لا شيء له عليه، (**فإن لوزم بالمال كان له أن يلازمَ المكفول عنه حتى يخلصَه**)؛ لأنَّه هو المورِّط، فعليه التخليص[1].

(**وإذا أبرأ الطالبُ المكفولَ عنه أو استوفى منه برئ الكفيل**)؛ لأنَّه فرع على الأصيل فيبرأ ببراءته، (**وإن أبرأ الكفيلَ لم يبرأ المكفول عنه**)[2]؛ لبقاء الدَّين عليه.

(**ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط**)[3]، مثل أن يقولَ: إن فعلت كذا فأنت بريء من الكفالة؛ اعتباراً بالبراءة من الدَّين؛ لأنَّه لا يجوز تعليقها بالشرط؛ لكونها تمليكاً معنى، كذا هذا.

---

(١) وكذا إذا حبسه كان له أن يحبسه إذا كانت الكفالة بأمره، كما في العناية٧: ١٩٢؛ لأنَّه لم يلحقه ما لحقه إلا من جهته، فيجازى بمثله، كما في اللباب١: ٣١٠.

(٢) لأنَّه تبع، ولأنَّ عليه المطالبة، وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز، وكذا إذا أخَّر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل، ولو أخَّر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل؛ لأنَّ التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد، كما في العناية٧: ١٩٣.

(٣) لما فيه مِن معنى التمليك كما في سائر البراءات، ويروى أنَّه يصحّ؛ لأنَّ عليه المطالبة دون الدَّين في الصحيح، فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق؛ ولهذا لا يرتدّ الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل، كما في الهداية٧: ١٩٧، أي: لا يصحّ تعليقه؛ لأنَّ

وكلُّ حقٍّ لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصحّ الكفالة به: كالحدود والقصاص، وإذا تكفَّلَ عن المشتري بالثمن جاز، وإن تكفَّلَ عن البائع بالمبيع لم يصحّ، ومَن استأجرَ دابّةً ليحمل عليها فإن كانت بعينها لم تصحّ الكفالة بالحمل، وإذا كانت بغير عينها جازت الكفالة

(**وكلُّ حقٍّ لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصحّ الكفالة به: كالحدود والقصاص**)[1]؛ لعدم الفائدة.

(**وإذا تكفَّلَ عن المشتري بالثمن جاز**[2]، **وإن تكفَّلَ عن البائع بالمبيع لم يصحّ**)؛ لأنَّ الثمنَ دينٌ مضمون، والبيعُ غيرُ مضمون على البائع بنفسه؛ بدليل: أنَّه إذا هلك المبيع انفسخ البيع ولم تجب قيمته، فإن ضَمِنَ بتسليم المبيع جاز؛ لأنَّ التسليمَ مستحقٌّ على البائع ويمكن استيفاؤه من الكفيل.

(**ومَن استأجرَ دابّةً ليحمل عليها فإن كانت بعينها لم تصحّ الكفالة بالحمل**)[3]؛ لأنَّ الواجبَ تسليم الدابّة، والكفيلُ عاجزٌ عن تسليم دابّة الغير، (**وإذا كانت بغير عينها جازت الكفالة**)؛ لأنَّ الواجبَ هو الحمل، فأمكن استيفاؤه من الكفيل.

فيه معنى تمليك المال، كما في فتح القدير٧: ١٩٧، وقال: إنَّ القول الثاني أوجه.

(١) معناه: بنفس الحدّ لا بنفس مَن عليه الحدّ؛ لأنَّه يتعذّر إيجابه عليه، وهذا لأنَّ العقوبةَ لا تجري فيها النيابة، كما في الهداية٧: ١٩٧.

(٢) لأنَّه دَين كسائر الديون، كما في الهداية٧: ١٩٨.

(٣) لأنَّه عاجز عنه؛ لأنَّ بهلاك الدابة ينفسخ العقد فلا يبقى ثمة إجارة يمكن الاستيفاء بها؛ ولهذا لم يصح الضمان، وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة؛ لأنَّ المستحقَّ عليه الحمل، ويمكنه الوفاء بذلك، بأن يحملَه على دابّة نفسه، كما في الجوهرة١: ٣١٤.

ولا تصحّ الكفالة إلاّ بقبول المكفول له في مجلس العقد، إلاّ في مسألة واحدة، وهـي أن يقولَ المريض لوارثه: تكفّل عنّي بما عليَّمن الدَّين فتكفّل به مـع غيبـة الغرمـاء صحَّت الكفالة

(**ولا تصحّ الكفالة إلاّ بقبول المكفول له في مجلس العقد**)[1]؛ لأنّها إثبات حقّ له كالبيع، (**إلاّ في مسألة واحدة، وهي أن يقولَ المريض لوارثه: تكفّل عنّي بما عـليَّ من الدَّين فتكفّل به مع غيبـة الغرمـاء صـحَّت الكفالـة**)، وهـذا استحـساناً؛ لأنَّ الوارثَ يقوم مقام المورث كما يقوم في قضاء الدَّين وغير ذلك.

وعن أبي يوسف ﷺ: أنَّه يصحّ في الأجنبي أيضاً؛ لحديث أبي قتادة ﷺ: «أنَّـه يكفَّل عن الميت مع غيبة الطالب»[2]، وإجازة النبيّ ﷺ، إلاّ أنَّه ليس في الحديث أنَّ

---

(١) وهذا عند أبي حنيفة ومحمّـد ﷺ، وقـال أبـو يوسـف ﷺ: يجـوز إذا بلغـه فأجـاز، والمختار قولهما عند المحبوبيّ والنسفيّ وغيرهما، كما في اللباب١: ٣١١.

(٢) فعن أبي قتادة ﷺ أنَّ النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: «صلوا على صاحبكم، فإنَّ عليه ديناً»، فقال أبو قتادة: أنا أتكفل به، قال النبي ﷺ: «بالوفاء؟» قال: بالوفاء، وكان الذي عليه ثمانية عشر، أو تسعة عشر درهماً، في سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤، وسنن النسائي ٧: ٣١٧. وعن سلمة بن الأكوع ﷺ، قال: كنا جلوسا عند النبي ﷺ، إذ أتي بجنازة، فقالوا: صل عليها، فقال: «هل عليه دين؟»، قالوا: لا، قال: «فهل ترك شيئاً؟»، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى، فقالوا: يا رسول الله، صل عليها، قال: «هل عليه دين؟» قيل: نعم، قال: «فهل ترك شيئاً؟»، قالوا: ثلاثة دنانير، فصلى عليها، ثم أتي بالثالثة، فقالوا: صل عليها، قال: «هل ترك شيئاً؟»، قالوا: لا، قال: «فهل عليه دين؟»، قالوا: ثلاثة دنانير، قال: «صلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة ﷺ: صل عليه يا رسول الله، وعلي دينه، فصلى عليه، في صحيح البخاري ٣: ٩٤.

وإن كان الدَّينُ على اثنين، وكلُّ واحد منهما كفيلٌ ضامنٌ عن الآخر، فما أَدّى أحدُهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤدِّيه على النصف فيرجع بالزيادة، وإن تكفَّلَ اثنان عن رجل بألف على أنَّ كلَّ واحد منهما كفيلٌ عن صاحبه، فما أدّاه أحدُهما يرجع بنصفه على شريكه قليلاً كان أو كثيراً، ولا تجوز الكفالةُ بمال الكتابة سواء تكفّل به حُرّ أو عبد

الطالب كان غائباً، فاحتمل حضوره، واحتمل كون الضمين وارثاً، فلا يبقىٰ حجة.

(**وإن كان الدَّينُ على اثنين، وكلُّ واحد منهما كفيلٌ ضامنٌ عن الآخر، فما أَدّى أحدُهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤدِّيه على النصف فيرجع بالزيادة**)[1]؛ لأنَّه أصيلٌ وكفيل، وجهة الأصالة أقوىٰ، فيقع عنها، فما زاد يقع عن الكفالة؛ لانتفاء المزاحم.

(**وإن تكفَّلَ اثنان عن رجل بألف على أنَّ كلَّ واحد منهما كفيلٌ عن صاحبه، فما أدّاه أحدُهما يرجع بنصفه على شريكه قليلاً كان أو كثيراً**)[2]؛ لتعيّن الجهة واستوائهما فيها.

(**ولا تجوز الكفالةُ بمال الكتابة سواء**) كان (**تكفّل به حُرّ أو عبد**)؛ لما مَرَّ أنَّه

---

(١) لأنَّ الأداء إلىٰ النصف قد تعارض فيه جهة الأصالة وجهة الكفالة، والإيقاع عن الأصالة أولىٰ؛ لما فيه من إسقاط الدين والمطالبة جميعاً، بخلاف الكفالة، فإنَّه لا دين علىٰ الكفيل، كما في اللباب١: ٣١٢.

(٢) ومعنىٰ المسألة في الصحيح: أن تكون كفالة بالكل عن الأصيل، وبالكل عن الشريك؛ لأنَّ ما أدّاه أحدهما وقع شائعاً عنهما؛ إذ الكلّ كفالة فلا ترجيح للبعض علىٰ البعض، بخلاف ما تقدم، هداية، كما في اللباب١: ٣١٢.

ليس بمضمون، ولا وجب في ذمّة الكفيل، إمّا أن يجب ناقصاً كما هو في ذمّة العبد، وذلك خلاف قضية الضمان، وإمّا أن يجبَ كاملاً،وفيه إلزام على الكفيل بأكثر ممّا على الأصيل، فتعذَّرَ الوجوب.

(**وإذا مات الرَّجلُ وعليه ديونٌ ولم يترك شيئاً، فتكفَّل رجلٌ عنه للغُرماء، لم تصحّ الكفالةُ عنه عند أبي حنيفة ﷺ**)؛ لأنَّه دينٌ ساقطٌ على التأبيدِ، بدليلِ خرابِ الذِّمّة، وعدم تركه ما ينتقل إليه، فلا يصح ضمانه، كما لو أبرأه الطالب، بخلاف ما لو ظهر له مال، فإنَّه تبيَّنَ أنَّ الدَّينَ لم يسقط؛ لأنَّه رجلٌ مات وله مال، إلا أنا لا نعلمه، والخلاف فيمَن لا مال له.

(**وقالا**) والشَّافِعيّ ﷺ: (**تصحُّ الكفالة**)[1]؛ لحديث أبي قتادة ﷺ، وهو عندنا محمولٌ على ما إذا كان له مال؛ ولأنَّه لم يسقط في حَقِّ أحكام الآخرة، وهو العقاب بالتفريط، وإليه أشار النبي ﷺ بقوله الآخر: «الآن بَرَدَتْ جلدته من النار»[2].

---

(١) لأنَّه كفل بدين ثابت ولم يوجد المسقط؛ ولهذا يبقى في الآخرة، ولو تبرع به إنسان يصحّ، قال في التصحيح ص٦٣: واعتمد قول الإمام ﷺ المحبوبيُّ والنسفيُّ وصدرُ الشريعة وأبو الفضل الموصليّ وغيرُهم، اهـ. قيَّدَ بكونه لم يترك شيئاً؛ لأنَّه لو ترك ما يفي ببعض الدَّين صح بقدره، ابن ملك، كما في اللباب١: ٣١٢.

(٢) فعن جابر ﷺ، قال: توفي رجل فغسلناه، وحنطناه، وكفناه، ثم أتينا به رسول الله ﷺ يصلي عليه، فقلنا: تصلي عليه؟ فخطا خطى، ثم قال: «أعليه دين؟» قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة ﷺ، فأتيناه، فقال أبو قتادة ﷺ: الديناران عليَّ، فقال رسول الله ﷺ: «حق الغريم، وبرئ منهما الميت؟» قال: نعم، فصلى عليه، ثم قال بعد

كتاب الحوالة

كتاب الحوالة

(**الحوالة**[1] ....

ذلك بيوم: «ما فعل الديناران؟» فقال: إنَّما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد، فقال: لقد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: «الآن بَرَدَتْ عليه جلده» في مسند أحمد ٢٢: ٤٠٥، واللفظ له، وشرح مشكل الآثار ١٠: ٣٣٤، والمستدرك ٢: ٦٦، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه»، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٢٢، وسنن الدارقطني ٤: ٥٤، وغيرها.

(١) تركيب الحوالة يدلُّ على الزوال والنقل، ومنه التحويل، وهو نقل الشيء من محلٍّ إلى محلّ، كما في المغرب ص١٣٤، والحوالةُ مأخوذة من هذا، فأحلتُه بدينِه نقلتُه إلى ذمّةِ غيرِ ذمّتك، كما في المصباح ص١٥٧، واصطلاحاً: نقلُ الدين من ذمّةٍ إلى ذمّة، وفي عرفِهم يقال: المديون: محيلاً، والدائن: محتالاً، ومحتالاً له، ومحالاً له، ومَن يقبلُ الحوالة: محتالاً عليه ومحالاً عليه، والمال: محالاً به، كما في عمدة الرعاية ٥: ٣٩٧.

وصورتها: أن يقول رجل للطالب: إنَّ لك على فلان كذا، فاحتله علي، فرضي بذلك الطالب، صحت الحوالة، وبرئ الأصيل، أو كفل رجل عن آخر بغير أمره بشرط براءة الأصيل، أو قبل المكفول ذلك، صحت الكفالة، وتكون هذه الكفالة حوالة، كما أنَّ الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل كفالة، كما في شرح الوقاية٤: ١٠٦.

وركنها: الإيجاب والقبول، الإيجاب من المحيل، والقبول من المحال عليه والمحال جميعاً، فالإيجاب: أن يقول المحيل للطالب: أحلتك على فلان هكذا، والقبول من المحال عليه والمحال أنّ يقول كلّ واحد منهما: قبلت أو رضيت، أو نحو ذلك ممّا يدلّ على القبول والرضا.

وشروط الحوالة:

١. أن يكون المحيل عاقلاً، فلا تصحّ حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأنَّ العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها.

٢. أن يكون المحيل بالغاً، وهو شرط النفاذ دون الانعقاد، فتنعقد حوالة الصبي العاقل؛ موقوفاً نفاذها على إجازة وليه؛ لأنَّ الحوالة إبراء بحالها، وفيها معنى المعاوضة بما لها، خصوصاً إذا كانت مفيدة، فتنعقد من الصبي، كالبيع ونحوه.

٣. رضا المحيل، حتى لو كان مكرهاً على الحوالة، لا تصحّ؛ لأنَّ الحوالةَ إبراء، فيها معنى التمليك، فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات.

٤. أن يكون المحال والمحال عليه عاقلاً؛ لأنَّ قبوله ركن، وغير العاقل لا يكون من أهل القبول.

٥. أن يكون المحال والمحال عليه بالغاً، وهو شرط النفاذ، لا شرط الانعقاد، فينعقد احتياله موقوفاً على إجازة وليه إن كان الثاني أملأ من الأول.

٦. رضا المحال والمحال عليه، فإن أكره أحدهما، فلا تصح.

٧. أن يقبل المحال والمحال عليه في مجلس الحوالة، وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمّد ﷺ، وعند أبي يوسف ﷺ: شرط النفاذ، حتى أنَّ المحتالَ لو كان غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز، لا ينفذ عندهما، وعند أبي يوسف ﷺ: ينفذ، والصحيح قولهما؛ لأنَّ قبوله من أحد الأركان الثلاثة.

٨. أن يكون المحال به ديناً؛ فلا تصحّ الحوالة بالأعيان القائمة؛ لأنّها نقل ما في الذمّة، ولم يوجد.

٩. أن يكون المحال به لازماً؛ فلا تصحّ الحوالة بدين غير لازم: كبدل الكتابة وما يجري مجراه؛ لأنَّ ذلك دين تسمية لا حقيقة؛ إذ المولى لا يجب له على عبده دين

جائزة[1] بالديون)

والأصل: أنَّ كلَّ دين لا تصحّ الكفالة به لا تصحّ الحوالة به.

(١) وحكم الحوالة:

١. براءة المحيل؛ لأنَّ الحوالة مشتقة من التحويل، وهو النقل، فكان معنى الانتقال لازماً فيها، والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحلّ الأوّل ضرورة.

٢. ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمّته، أو في ذمّة المحيل؛ لأنَّ الحوالةَ أوجبت النقل إلى ذمّة المحال عليه بدين في ذمته، إما نقل الدين والمطالبة جميعاً، وإما نقل المطالبة لا غير، وذلك يوجب حقّ المطالبة للمحال على المحال عليه.

٣. ثبوت حقّ الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال، فكلما لازمه المحال فله أن يلازم المحيل؛ ليتخلص عن ملازمة المحال، وإذا حبسه: له أن يحبسه إذا كانت الحوالة بأمر المحيل، ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل؛ لأنَّه هو الذي أوقعه في هذه العهدة؛ فعليه تخليصه منها، وإن كانت الحوالة بغير أمره، أو كانت بأمره، ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة، لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل إذا لوزم، ولا أن يحبسه إذا حبس؛ لأنَّ الحوالة إذا كانت بغير أمر المحيل، كان المحال عليه متبرعاً.

ويخرج المحال عليه من الحوالة بما يلي:

١. فسخ الحوالة؛ لأنَّ فيها معنى معاوضة المال بالمال، فكانت محتملة للفسخ، ومتى فسخ تعود المطالبة إلى المحيل.

٢. التوى؛ لأنَّ الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة، والأصل أنَّ الدين لا يسقط إلا بالقضاء، إلا أنَّه ألحق الإبراء بالقضاء في السقوط، والحوالة ليست بقضاء ولا إبراء،

فبقي الدَّين في ذمته على ما كان قبل الحوالة، إلا أنَّ بالحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه، لكن إلى غاية التوى؛ لأنَّ حياة الدين بالمطالبة، فإذا توي لم تبق وسيلة إلى الإحياء، فعادت إلى محلها الأصلي.

٣. أداء المحال عليه المال إلى المحال، فإذا أدّى المال خرج عن الحوالة؛ إذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها.

٤. أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله.

٥. أن يتصدّق المحال بالمال على المحال عليه ويقبله؛ لأنَّ الهبةَ والصدقة في معنى الإبراء.

٦. أن يموت المحال فيرثه المحال عليه.

٧. أن يبرء المحال المحال عليه من المال.

وشرائط الرجوع عن الحوالة:

١. أن تكون الحوالة بأمر المحيل، فإن كانت بغير أمره؛ لا يرجع، بأن قال رجل للطالب: إنَّ لك على فلان كذا وكذا من الدين، فاحتل بها علي، فرضي بذلك الطالب؛ جازت الحوالة، إلا أنَّه إذا أدى لا يرجع على المحيل؛ لأنَّ الحوالة إذا كانت بأمر المحيل صار المحال مملكاً الدين من المحال عليه بما أدى إليه من المال، فكان له أن يرجع بذلك على المحيل، وإن كانت بغير أمره لا يوجد معنى التمليك؛ فلا تثبت ولاية الرجوع.

٢. أداء مال الحوالة، أو ما هو في معنى الأداء: كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه، وكذا إذا ورثه المحال عليه؛ لأنَّ الإرثَ من أسباب الملك، فإذا ورثه فقد ملكه؛ فكان له حقّ الرجوع.

٣. أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله، فإن كان لا يرجع؛ لأنَّ الدَّينين التقيا قصاصاً، والمحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدّى، كما في البدائع١٦: ١٦-١٩.

لقوله ﷺ: «من أُحيل على مليء فَلْيَتَّبِعْ»[1].

(وتصحُّ برضاء المحيل[2] والمحتال له[3] ....

(١) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم، ومن أحيل على مليء فليحتل» في مسند أحمد ١٦: ٤٧، واللفظ له، وصحيح ابن حبان ١١: ٤٣٥، وفي صحيح البخاري ٣: ٩٤ بلفظ: «مَطْلُ الغني ظلم، وإذا أُتْبِعَ أحدُكم على مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»، وصحيح مسلم ٣: ١١٩٧.

(٢) لأنَّ ذوي المروءات قد يستنكفون عن تحمّل ما عليهم من الدين، كما في اللباب١: ٣١٣، وفي الهداية٧: ٢٤٠: «الحوالة تصحّ بدون رضاه، ذكره في الزيادات؛ لأنَّ التزامَ الدين من المحتال عليه تصرُّف في حقّ نفسه، وهو لا يتضرَّر به، بل فيه نفعه؛ لأنَّه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره»، وفي الدر المختار ورد المحتار٥: ٢٤١: لا يشترط على المختار، شرنبلالية عن المواهب، بل قال ابن الكمال رضي الله عنه: إنَّما شَرَطَهُ القدوري رضي الله عنه للرجوع عليه، فلا اختلاف في الرواية: أي رجوع المحال عليه على المحيل، أو ليسقط الدين الذي للمحيل على المحال عليه، كما في الزيلعي، أما بدون الرضا فلا رجوع ولا سقوط، وهو محمل رواية الزيادات، لكن استظهر الأكمل أنَّ ابتداءها إن مِن المحيل شرط ضرورة، وإلا لا؛ لأنَّها إحالة، وهي فعل اختياري، ولا يتصور بدون الإرادة والرضا، وهو محمل رواية القدوري وقوله: إلا لا؛ أي: وإن لم يكن ابتداؤها من المحيل، بل من المحال عليه، تكون احتيالاً يتمّ بدون إرادة المحيل بإرادة المحال عليه ورضاه، وهو وجه رواية الزيادات، عناية، لكن لا يخفى أنَّه على الثاني لا يثبت للمحال عليه الرجوع بما أدى، ولو كان عليه للمحيل دين لا يسقط إلا برضا المحيل، فرجع إلى التوفيق الأول.

(٣) لأنَّ الدَّين حقّه وهو الذي ينتقل بها، والذمّم متفاوتة، فلا بد من رضاه، كما في الهداية٧: ٢٤٠.

والمحتال عليه، وإذا تمَّت الحوالة برئ المحيل من الدَّين ولم يرجع المحتالُ له على المحيل، إلاّ أن يتوَى حقُّه فيرجع، والتَوَى عند أبي حنيفة ﷺ أحد أمرين:

والمحتال عليه[1])؛ لأنَّ الناسَ يختلفون في القضاء والاقتضاء، فلا بُدَّ من رضائهم على ذلك.

(**وإذا تمَّت الحوالة برئ المحيل من الدَّين ولم يرجع المحتالُ له على المحيل**)؛ لأنَّ الدَّينَ قد تحوّل من ذمّته إلى ذمّة المحتال عليه، وعند زُفَر ﷺ لا يبرأ المحيل؛ لأنَّه نوعُ ضمان كالكفالة، والفرق لنا: أنَّ الكفالةَ ضمّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصيل، وهذا تحويلٌ من ذمّة الأصيل إلى ذمّة الحويل، (**إلاّ أن يتَوَى**[2] **حقُّه فيرجع**)[3]؛ لأنَّه إنَّما رَضِي بتحويل حَقِّه بشرطِ السّلامة، فإذا لم يُسَلِّم كان له الرجوع.

(**والتَوَى عند أبي حنيفة ﷺ أحد أمرين**[4]:

---

(١) لأنَّه يلزمه الدَّين، ولا لزوم بدون التزامه، كما في الهداية٧: ٢٤٠.

(٢) مِن تَوَىٰ المال إذا هلك وذهب، كما في المغرب ص٦٣.

(٣) لأنَّها مقيدة بسلامة حقه له؛ لأنَّه المقصود، فيرجع عند عدم السلامة، كما في درر الحكام٢: ٣٠٨.

(٤) أي: يرجع المحتال على المحيل في حالتين عند الإمام ﷺ وثلاث حالات عند الصاحبين، وهي:

١. موت المحتال عليه مفلساً، بأن لم يترك مالاً عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً، والمراد بالعين: ما يفي بالمحال به، وكذا يقال في الدَّين، ولا بد في الكفيل أن يكون كفيلاً بجميعه، فلو كفل البعض فقد توىٰ الباقي، كما صرَّحوا به، والمراد بالدين ما يمكن أن يثبت في الذمّة، فيشمل: النقود، والمكيلات، والموزونات.

إمّا أن يجحدَ الحوالة ويحلف ولا بيِّنة له عليه، أو يموت مفلساً، وقالا: هذان، ووجه ثالث، وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته

إمّا أن يجحدَ الحوالة ويحلف ولا بيِّنة له عليه.

أو يموت مفلساً)؛ لأنَّ بهذين يعجز عن استيفاء حقّه.

(وقالا: هذان، ووجه ثالث، وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه[1] حال حياته)[2]، وهو بناءً على الاختلاف في الحكم بالتفليس.

---

٢. أن يجحد المحال عليه الحوالة، ويحلف ولا بينة للمحيل ولا المحتال على المحتال عليه، فإنَّ هلاك دين المحتال يتحقَّق بكل واحد من الموت والحلف المذكورين، ولو اختلفا فقال المحتال: مات مفلساً، وقال المحيل بخلافه، فالقول للمحتال مع اليمين على العلم؛ لأنَّه متمسك بالأصل وهو العسرة، كما لو كان حياً وأنكر اليسر.

٣. أن يفلسه القاضي، أي: يحكم بإفلاسه في حياته، كما في كمال الدراية ق٥٠٥، والمبسوط٢٠: ٤٩، والفتاوى العالمكيرية٣: ٢٩٧، والمنح ق٢: ٩١/ ب، والفتح٦: ٣٥١.

(١) فإنَّ تفليسَ القاضي معتبرٌ عندهما، وعند أبي حنيفة رضي الله عنه: لا؛ إذ لا وقوف لأحد على ذلك إلا بالشهادة، فالشهادةُ على أنَّ لا مال له شهادة على النفي، كما في شرح الوقاية٤: ١٠٧.

(٢) لعجزه عن الأخذ منه، وقطعه عن ملازمته، ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أنَّ الدَّينَ ثابتٌ في ذمّته، وتعذُّر الاستيفاء لا يوجب الرجوع، كما لو تعذُّر بغيبته، بخلاف موته؛ لخراب الذمّة، قال في التصحيح: ومشى على قوله النسفيّ ورجَّح دليله، اهـ، قال ابن عابدين: وظاهر كلامهم متوناً وشروحاً تصحيح قول الإمام رضي الله عنه، ولم أرَ مَن صحح قولهما، كما في اللباب١: ٣١٥.

وإذا طالب المحتالُ عليه المحيلَ بمثل مال الحوالة، فقال المحيل له: إنَّما أحلت بدين كان لي عليك، لم يُقْبَل قولُه، وكان عليه مثل الدَّين، وإذا طالب المحيلُ المحتالَ له بما أحاله به فقال: إنَّما أحلتك لتقبضه لي، فقال المحتال له: لا بل أحلتني بدين كان لي عليك، فالقول قول المحيل مع يمينه، وتكره السفاتج

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: لا يرجع وإن تَوَىٰ؛ لإطلاق قوله ﷺ: «فليتبع»، إلاّ أنَّ الحديثَ معلّق بشرط الملاء، فيزول بزواله.

(**وإذا طالب المحتالُ عليه المحيلَ بمثل مال الحوالة، فقال المحيل له: إنَّما أحلت بدين كان لي عليك، لم يُقْبَل قولُه، وكان عليه مثل الدَّين**)[1]؛ لأنَّه أدّىٰ عنه دينه بأمره، فله الرجوعُ إلاّ أن يظهر خلافه.

(**وإذا طالب المحيلُ المحتالَ له بما أحاله به فقال: إنَّما أحلتك**) بدين (**لتقبضه لي، فقال المحتال له: لا بل أحلتني بدين كان لي عليك، فالقول قول المحيل مع يمينه**)[2]؛ لأنَّه يُنْكِرُ وجوب الدَّين للمحتال له، وبالإحالة لم يصر معترفاً.

(**وتكره السفاتج**[3]:

(1) لأنَّ سببَ الرجوع قد تحقَّق، وهو قضاء دينه بأمره؛ لأنَّ المحيلَ يدعي عليه ديناً وهو ينكر، والقولُ قول المنكر، ولا تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه؛ لأنَّها قد تكون بدونه، كما في الجوهرة1: 317.

(2) لأنَّ المحتال يدعي عليه الدين، وهو منكر، ولفظة الحوالة مستعملةٌ في الوكالة، فيكون القولُ قوله مع يمينه، فإذا حلف أخذ الألف المقبوضة، ولا يصدَّق المحتالُ علىٰ ما ادّعىٰ من الدَّين إلا ببيّنة؛ لأنَّه قد يحيله ليستوفي له المال، كما في الجوهرة1: 318.

(3) فارسي معرب، أصله سفتة: وهو الشيء المحكم، سمي هذا القرض به؛ لإحكام أمره، فتح، كما في رد المحتار5: 350.

وهو قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق)[1]؛ لقوله ﷺ: «كلُّ قرض جرّ نفعاً فهو ربا»[2]، وأقلُّه أن يفيد الكراهية، واستحسنوا أنَّه لا يكره ذلك؛ للتعامل.

وإنَّما سمي الإقراض المذكور بهذا الاسم؛ تشبيهاً بموضع الدراهم والدنانير في السفاتج، أي: في الأشياء المجوفة، كما يجعل العصا مجوفاً ويخبأ فيه المال، وإنَّما شُبِهَ به؛ لأنَّ كلاً منهما احتيال لسقوط خطر الطريق، أو لأنَّ أصلها أنَّ الإنسان إذا أراد السفر وله نقد، أو أراد إرساله إلى صديقه، فوضعه في سفتجة ثم مع ذلك خاف الطريق فأقرض ما في السفتجة إنسانا آخر، فأطلق السفتجة على إقراض ما في السفتجة، ثم شاع في الإقراض لسقوط خطر الطريق، كما في شرح الوقاية٤: ١٠٩.

(١) وصورتها: أن يدفع إلى تاجر مالاً قرضاً؛ ليدفعه إلى صديقه، وإنَّما يدفعه قرضاً لا أمانة؛ ليستفيد به سقوط خطر الطريق، وقيل: هي أن يقرِضَ إنساناً؛ ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق، كفاية، قال في النهر: إطلاق صاحب الكنز يفيد إناطة الكراهة بجر النفع، سواء كان ذلك مشروطاً أو لا، قال الزيلعي: وقيل: إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به، اهـ، وجزم بهذا القيل في الصغرى والواقعات الحسامية والكفاية للبيهقي، وعلى ذلك جرى في صرف البزازية، اهـ، وظاهر الفتح اعتماده أيضاً، حيث قال: وفي الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطاً في القرض، فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد، وإلا جاز، كما في رد المحتار٥: ٣٥٠، فظاهر كلام الكنز ص١١٤، والملتقى ص١٢٧، والتنوير ص١٤٥: أنَّها مكروهةً مطلقاً، ولكن صاحب التبيين ٤: ١٧٥، والفتح ٦: ٣٥٦، والرمز٢: ٨٢، ورد المحتار٣: ١٧١ على أنَّه إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به.

(٢) فعن علي ﷺ، قال رسول الله ﷺ: «كل قرض جر منفعة فهو ربا» في مسند الحارث ١: ٥٠٠، وعن فضالة بن عبيد صاحب النبي ﷺ أنَّه قال: «كل قرض جر منفعة فهو

كتاب الصلح

(الصلح[1] على ثلاثة أوجه:

وجه من وجوه الربا» في السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٥٣٧، وقال البيهقي: «موقوف»، وفي السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٥٧١ عن أبي بردة ﷺ، قال: «قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام ﷺ، فقال: انطلق معي المنزل فأسقيك في قدح شرب فيه رسول الله ﷺ وتصلي في مسجد صلى فيه»، فانطلقت معه فسقاني سويقاً، وأطعمني تمراً وصليت في مسجده، فقال لي: «إنَّك في أرض الربا فيها فاش، وإنَّ من أبواب الربا أنَّ أحدكم يقرض القرض إلى أجل، فإذا بلغ أتاه به وبسلة فيها هدية، فاتق تلك السلة وما فيها»، وقال البيهقي: «رواه البخاري في الصحيح عن أبي كريب عن أبي أسامة».

(١) الصلح: هو عقد يرفع النزاع، كما في الوقاية ٤: ٢٢٨.

وركن الصلح: الإيجاب والقبول: وهو أن يقول المدعى عليه: صالحتك من كذا على كذا، أو مِن دعواك كذا على كذا، ويقول الآخر: قبلت، أو رضيت، أو ما يدلّ على قبوله ورضاه، فإذا وُجِد الإيجاب والقبول، فقد تمّ عقد الصلح، كما في البدائع ١: ٤٠.

وشروطه:

١. أن يكون المصالح عاقلاً، وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها، فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل.

٢. أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرّاً به مضرة ظاهرة.

٣. أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله: كالأب والجد والوصي؛ لأنَّ الصلحَ تصرّف في المال، فيختصّ بمَن يملك التصرّف فيه.

٤. أن لا يكون المصالح مرتداً عند أبي حنيفة ﷺ، وعندهما صلحه نافذ؛ بناءً على أنَّ تصرفات المرتد موقوفة عنده، وعندهما: نافذة، لكن عند محمد ﷺ نفاذ تصرف المريض، وعند أبي يوسف ﷺ نفاذ تصرّف مَن عليه القصاص في النفس.
٥. أن يكون المصالَح عليه مالاً، فلا يصحّ الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الإحرام والحرم، وكلّ ما ليس بمال؛ لأنَّ في الصلح معنى المعاوضة، فما لا يصلح عوضاً في البياعات لا يصلح بدل الصلح.
٦. أن يكون المصالَح عنه حقّاً للعبد لا حقاً لله ﷻ، سواء كان مالاً عيناً أو ديناً أو حقّاً ليس بمال عين ولا دين، حتى لا يصحّ الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر، بأن أخذ زانياً أو سارقاً مِن غيره أو شارب خمر، فصالحه على مال أن لا يرفعه إلى وليّ الأمر؛ لأنَّه حق الله ﷻ.
٧. أن يكون المصالَح عنه حقاً للمصالح.
٨. أن يكون المصالَح عنه حقاً ثابتاً له في المحلّ، فما لا يكون حقاً له، أو لا يكون حقاً ثابتاً له في المحلّ، لا يجوز الصلح عنه، حتى لو أنَّ امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبياً في يده أنَّه ابنه منها، وجحد الرجل، فصالحت عن النسب على شيء، فالصلح باطل؛ لأنَّ النسب حقّ الصبيّ لا حقّها فلا تملك الاعتياض عن حقّ غيرها؛ ولأنَّ الصلح إما إسقاط أو معاوضة، والنسب لا يحتملها.
وحكم الصلح الأصلي الذي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع: هو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً، حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك، وهذا حكم لازم جنس الصلح، وأما حكم الصلح الدخيل في بعض أنواع الصلح دون البعض فأنواع:
١. حق الشفعة للشفيع، وجملته: أنَّ المُدّعى لو كان داراً، وبدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما، فإن كان الصلح عن إقرار المُدعى عليه، يثبت للشفيع فيها حقّ الشفعة؛ لأنَّه في معنى البيع من الجانبين فيجب حقّ الشفعة، وإن كان الصلح عن

إنكار لا يثبت؛ لأنَّه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه، بل هو بذل المال لدفع الخصومة.

٢. حقّ الردّ بالعيب، وأنَّه يثبت من الجانبين جميعاً إن كان الصلح عن إقرار؛ لأنَّه بمنزلة البيع، وإن كان عن إنكار يثبت في جانب المدعي، ولا يثبت في جانب المُدّعى عليه؛ لأنَّ هذا بمنزلة البيع في حقِّه لا في حقِّ المُدَّعى عليه، والعيب على المدّعى عليه في دعواه، فإن أقام البيِّنة أخذ حصّة العيب، وإن لم يثبت للمدّعى عليه حقّ الردّ بالعيب لم يرجع في شيء.

٣. الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح.

٤. أنَّه لا يجوز التصرّف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح، فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك، وإن كان عقاراً، يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ، وعند محمد ﷺ: لا يجوز.

٥. أنَّ الوكيل بالصلح إذا صالح ببدل الصلح يلزمه، أو يلزم المدعى عليه، فهذا في الأصل لا يخلو من وجهين: إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة، وإما أن يكون في معنى استيفاء عين الحقّ، فإن كان في معنى المعاوضة يلزمه دون المُدَّعى عليه؛ لأنَّه يكون جارياً مجرى البيع، وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل، وإن كان في معنى استيفاء عين الحقّ، فهذا على وجهين أيضاً: إما أن يضمن بدل الصلح، وإما إن لم يضمن، فإن لم يضمن لا يلزمه؛ لأنَّه يكون سفيراً بمنزلة الرسول، فلا ترجع إليه الحقوق، وإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد.

ويبطل الصلح بما يلي:

١. الإقالة فيما سوى القصاص؛ لأنَّ ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال، فكان محتملاً للفسخ، كالبيع ونحوه، فأما في القصاص فالصلح فيه إسقاط محض؛ لأنَّه عفو، والعفو إسقاطٌ فلا يحتمل الفسخ، كالطلاق ونحوه.

صلحٌ مع إقرار، وصلحٌ مع سكوت: وهو أَن لا يُقِرَّ المدَّعى عليه ولا يُنكر، وصلحٌ مع إنكار، وكلُّ ذلك جائز، فإن وَقَعَ الصُّلحُ عن إقرار يُعْتَبَرُ فيه ما يُعْتَبَرُ في البياعات إن وقع عن مال بمال

١. صلحٌ مع إقرار.

٢. وصلحٌ مع سكوت: وهو أَن لا يُقِرَّ المدَّعى عليه ولا يُنكر.

٣.وصلحٌ مع إنكار.

وكلُّ ذلك جائز)؛ لعموم قوله ﷻ: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨].

وقال الشَّافِعيّ ﵁: الصُّلحُ عن الإنكار لا يجوز؛ لأنَّه اعتياض عَمَّا ليس له، فصار كمَن باع ملك غيره، لكنا نقول: اعتياض عمّا يجوز أن يكون له، وهذا يقتضي تملّكه في الظاهر.

(**فإن وَقَعَ الصُّلحُ عن إقرار يُعْتَبَرُ فيه ما يُعْتَبَرُ في البياعات إن وقع عن مال بمال**)[1]؛ لأنَّه دفعه عوضاً عن المال، فكان مبادلةً وبيعاً.

---

٢. لحاق المرتدّ بدار الحرب، أو موته على الردّة عند أبي حنيفة ﵁؛ بناءً على أنَّ تصرّفات المرتدّ موقوفة عنده﵁على الإسلام، أو اللحوق بدار الحرب والموت، فإن أسلم نفذ، وإن لَحِق بدار الحرب، وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة تبطل، وعندهما: نافذة.

٣. الردّ بخيار العيب والرؤية؛ لأنَّه يفسخ العقد.

٤. الاستحقاق، وأنَّه ليس إبطالاً حقيقة، بل هو بيان أنَّ الصلحَ لم يصحّ أصلاً، لا أنَّه بطل بعد الصحّة، إلاّ أنَّه إبطال من حيث الظاهر؛ لنفاذ الصلح ظاهراً.

٥. هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة؛ لأنَّه بمعنى الإجازة، وإنَّما تبطل بموت أحد المتعاقدين، كما في البدائع٦: ٢٤١-٢٥٦.

(١) لأنَّ معنى البيع قد وجد فيه، وهو مبادلة المال بالمال عن تراض، فتجري فيه أحكام

البيوع؛ وهذا لأنَّ الأصلَ في الصلح أن يحمل على أشبه العقود له فتجري عليه أحكامه؛ لأنَّ العبرة للمعاني دون الصور؛ ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعاً، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل كفالة، ثم إذا وقع عن مال بمال، ينظر: فإن وقع على خلاف جنس المدَّعى، فهو بيع وشراء، وإن وقع على جنسه، فإن كان بأقل من المدعى، فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله، فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه، فهو فضل وربا، كما في التبيين٥: ٣١، وتجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً، ويرد بالعيب، ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط، ويفسده جهالة البدل؛ لأنَّها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه؛ لأنَّه يسقط، كما في الهداية٨: ٤٠٩، قال صاحب العناية ٨: ٤٠٩: وهذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل، وهو أنَّ الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه:

١. أن يكون معلوماً على معلوم، وهو جائز لا محالة.

٢. أن يكون عن مجهول على مجهول، فإن لم يحتج فيه إلى التسليم والتسلم مثل: أن يدعي حقّاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بِيَدِ المدعي واصطلحا على ترك الدعوى جاز، وإن احتيج إليه وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالاً ولم يبيّنه على أن يتركَ الآخر دعواه أو على أن يُسَلِّم إليه ما ادعاه لم يجز.

٣. أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه إلى التسليم: كما لو ادّعى حقاً في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعي مالاً معلوماً؛ ليسلم المدعى عليه إلى المدعي ما ادّعاه وهو لا يجوز، وإن لم يحتج فيه إلى التسليم: كما إذا اصطلحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه، جاز.

٤. أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه إلى التسليم، لا يجوز، وإن لم يحتج إليه جاز.

وإن وقعَ عن مالٍ بمنافع فيعتبر بالإجارات، والصُّلْحُ عن السُّكوتِ والإنكـار في حقِّ المدَّعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة، وفي حقِّ المدّعي بمعنى المعاوضة

(**وإن وقعَ عن مالٍ بمنافع فيعتبر بالإجارات**)[1]؛ لأنَّه جعل المنافع عوضاً عن مال أقرَّ به، وهذا في معنى الإجارة.

(**والصُّلْحُ عن السُّكوتِ والإنكار في حقِّ المدَّعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة**)؛ لأنَّ في زعمه أنَّه مالك بما في يده، (**وفي حقِّ المدّعي بمعنى المعاوضة**)[2]؛ لزعمه أنَّه يأخذ عوضاً عن ماله

والأصل في ذلك كله: أنَّ الجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة، فما لا يجب فيه التسليم والتسلّم جاز، وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة؛ لأنَّ القدرةَ على تسليم البدل شرطٌ لكونه في معنى البيع.

(١) وكلّ منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح، فإذا صالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز، وإن قال: أبداً أو حتى يموت لا يجوز، فإنَّ الاعتبار في العقود للمعاني، فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة كالإجارة، كما في العناية١: ٤١٠، وهذا حكمُها على ما عرف في موضعه، وإنَّما يشترط التوقيت في الأجير الخاص، بأن ادّعى شيئاً فوقع الصلحُ على خدمة العبد أو سكنى سنة، وفيما عداه لا يشترط التوقيت: كما إذا صالحه على صبغ الثوب أو ركوب الدابة أو حمل الطعام إلى موضع، ولو مات أحدُهما أو محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح فيرجع بالمدعى، ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدّعى بقدره، كما في التبيين٥: ٣٢.

(٢) لأنَّ المُدَّعى عليه يزعم أنَّ الشيء المُدَّعى على ملكه، فلا يكون المدفوع عوضاً عنه، وقد لزمته الخصومة فجاز له الافتداء منها، وأما المُدَّعي ففي زعمه أنَّ الذي ادعاه حق، وأنَّ الذي يأخذه عوض حقه، كما في الجوهرة١: ٣١٩، ويجوز أن يكون لشيء واحد

فيتعامل[1] كلُّ واحد منهما على معتقده، ويجوز أن يختلفَ العقدُ بالنيّة كالإقالة ـ على ما مرَّ ـ.

(**وإذا صالح عن دار**): يعني بإنكار وسكوت (**لم تجب فيها الشفعة**)[2]؛ لأنَّ من زعمه أنَّه لم يملكها بالصلح، وقول المدعي لا ينفذ عليه، (**وإذا صالح على دار وجبت فيها الشفعة**)[3]؛ لأنَّ من زعم الآخذ أنَّه ملكها بعوض.

حكمان مختلفان باعتبار شخصين: كالنكاح موجبه الحلّ في المتناكحين، والحرمة في أصولهما، فيؤاخذ كلّ واحد منهما بما يزعم، وهذا في الإنكار ظاهر؛ لأنَّه يتبيّن بالإنكار أنَّ ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين، وكذا في السكوت؛ لأنَّه يحتمل الإقرار والإنكار فجهة الإنكار راجحة؛ إذ الأصل فراغ الذمم، فلا يجب عليه بالشكّ، ولا يثبت به كون ما في يده عوضاً عمّا دفع بالشك، كما في التبيين٥: ٣٣.

(١) في أ و ب: «فيعامل».

(٢) يعني: إذا كان عن إنكار أو سكوت، وصورته: ادعى عليه داراً أو عقاراً فأنكر أو سكت، ثم صالحه على دراهم، لم تجب فيها شفعة؛ لأنَّ المدّعى عليه يزعم أنَّ الدار لم تزل على ملكه وأنَّه لم يملكها بالصلح، وإنَّما دفع العوض؛ لافتداء اليمين وقطع الخصومة، وله ذلك، وزعم المُدَّعي لا يلزمه؛ لأنَّه لا يصدق عليه، فلهذا لم تجب الشفعة؛ ولهذا لو ظهر بالدار عيب لا يرجع بأرشه ولا يردّها؛ لأنَّ في زعمه أنَّه لم يملكها من جهته، كما في الجوهرة١: ٣١٩.

(٣) لأنَّ المُدَّعي يأخذها عوضاً عن حقّه، ومن ملك داراً على وجه المعاوضة وجبت فيها الشفعة، ويأخذها الشفيع بقيمة الحق المدعى؛ لأنَّ المصالح أخذها عوضاً عن ذلك الحق، ولو أقر المُدَّعى عليه والمسألة بحالها، وجبت الشفعة فيهما جميعاً، ويأخذ الشفيع كل واحدة منهما بقيمة الأخرى، كما في الجوهرة١: ٣١٩.

وإذا كان الصُّلحُ عن إقرار فاستُحِقَّ بعضُ المصالح عنه رَجَعَ المُدَّعى عليه بحصّة ذلك من العوض، وإذا كان الصُّلح عن سُكوت أو إنكار، فاستُحِقّ المُتنازع فيه رَجَعَ المدعي بالخصومة فيه وردّ العوض، وإن استحقّ بعض ذلك ردّ حصّته ورجع بالخصومة فيه

(**وإذا كان الصُّلحُ عن إقرار فاستُحِقَّ بعضُ المصالح عنه رَجَعَ المُدَّعى عليه بحصّة ذلك من العوض**)[1]؛ لأنَّه لمَّا أقرّ به صار كالبيع.

(**وإذا كان الصُّلح عن سُكوت أو إنكار، فاستُحِقّ المُتنازع فيه رَجَعَ المدعي بالخصومة فيه وردّ العوض**)؛ لأنَّه تبيَّن أنَّه لم يكن له حقّ استحلاف المدَّعى عليه، وبذله كان لافتداء اليمين، (**وإن استحقّ بعض ذلك ردّ حصّته ورجع بالخصومة فيه**)[2]؛ اعتباراً للبعض بالكلّ.

---

(١) يعني: إنَّ المُدَّعى وهو المصالحُ عنه في الصلح مع الإقرار إن كان مستحقّاً سواءً كان كُلاً أو بعضاً، رجعَ المُدَّعى عليه على المدَّعي بكلِّ اليد إن كان المستحقُّ كلّه أو بعضه إن كان المستحقُّ بعضَه، وإن استحقَّ بعضَ البدل أو كلَّه، رجعَ المُدَّعي على المُدَّعى عليه بكلِّ المصالح عنه أو بعضه؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما عوضٌ عن الآخر، فأيُّهما أُخِذَ منه بالاستحقاق رجعَ بما دفع إن كُلاً فبالكلِّ، وإن بعضاً فالبعض، كما في الزبدة ٣: ٢٥٥.

(٢) يعني: لو ادعى رجل على شخص شيئاً فأنكر، ثم صالحه على شيء، ثم استحق المُدَّعى كله أو بعضه،ردَّ المدعي العوض الذي أخذه كله أو بعضه قدر ما استحق على المُدَّعى عليه ورجع هو بالخصومة مع المستحق؛ لأنَّه أخذه على زعمه عوضاً عما ادعى، فإذا استحق ذلك يرجع عليه المُدَّعى عليه بناءً على زعمه كأنَّه اشتراه منه؛ ولأنَّ المُدَّعى عليه لم يدفع العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه ليبقى المدعى في يده من غير

وإذا ادّعى حَقّاً في دار لم يُبيِّنه فصولح من ذلك على شيء، ثمّ اسْتُحِقُّ بعضُ الدار لم يَرُدَّ شيئاً من العوض؛ لأنَّ دعواه يجوز أن يكون فيما بَقِي، والصُّلحُ جائزٌ في دعوى الأموال والمنافع، وجناية العمد والخطأ

(**وإذا ادّعى حَقّاً في دار لم يُبيِّنه فصولح من ذلك على شيء، ثمّ اسْتُحِقُّ بعضُ الدار لم يَرُدَّ شيئاً من العوض؛ لأنَّ دعواه يجوز أن يكون فيما بَقِي**)، فلو استحقّ الكلّ رجع عليه بما أخذه؛ لأنَّه تبيَّن أنَّه لم يكن له حقّ أخذ العوض.

(**والصُّلحُ جائزٌ في دعوى الأموال والمنافع**[1]**، وجناية العمد والخطأ**)[2]؛ لأنَّ له حقّ في جميع ذلك.

خصومة أحد، فإذا استحق لم يحصل له مقصوده، وتبيّن أيضاً أنَّ المدعي لم يكن له خصومة فيرجع عليه، فصار نظير ما إذا أدى المكفول عنه المال إلى الكفيل؛ ليقضي الدَّين من عنده ويكون له ذلك ثم قضى المكفول عنه الدين رجع على الكفيل بما أعطاه؛ لأنَّ غرضه لم يحصل له، وإنَّما يرجع المدعي بالخصومة؛ لأنَّ المستحق قام مقام المُدَّعى عليه حين أخذ المدعى منه فيكون له أن يخاصمه، كما في التبيين٥: ٣٤.

(١) الأصل في هذا الفصل: أنَّ الصلحَ يجب حمله على أقرب العقود إليه، وأشبهها به احتيالاً؛ لتصحيح تصرف العاقل بقدر الإمكان، فإذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع، وإذا كان عن المنافع بمال: كما إذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شيء كان في معنى الإجارة؛ لأنَّ المنافع تملك بعقد الإجارة، فكذا بالصلح، كما في العناية٨: ٤١٣، لكن إنَّما يجوز الصلح عن المنفعة على المنفعة إذا كانتا مختلفتي الجنس، بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلاً، وأما إذا اتحد جنسهما كما إذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا فلا يجوز، كما في درر الحكام٢: ٣٩٨، والمحيط ص٢٤٧.

(٢) في النفس وما دونها، أما في جناية العمد؛ فلأنَّه حقّ ثابت في المحلّ، فجاز أخذ

ولا يجوز في دعوى حدٍّ، وإذا ادَّعى رجلٌ على امرأةٍ نكاحاً وهي تجحدُ، فصالحتُه على مالٍ بذلته حتى يتركَ الدَّعوى جاز وكان في معنى الخُلع، وإن ادّعت امرأةٌ نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله

(**ولا يجوز في دعوى حدٍّ**)[1]؛ لأنَّه لا حقَّ له فيه، إذ الحدود حَقُّ الله ﷻ، بخلاف القصاص، فإنَّه حقُّ الوارث.

(**وإذا ادَّعى رجلٌ على امرأةٍ نكاحاً وهي تجحدُ، فصالحتُه على مالٍ بذلته حتى يتركَ الدَّعوى جاز وكان في معنى الخُلع**)[2]؛ حملاً لتصرّف المسلم على الصحّة بقدرِ الممكن.

(**وإن ادّعت امرأةٌ نكاحاً على رجل**) وهو يجحد، (**فصالحها على مال بذله**

العوض عنه، وأما في الخطأ؛ فلأنَّ موجبه المال، فيصير بمنزلة البيع، إلا أنَّه لا تصحّ الزيادة على قدر الدية؛ لأنَّه مقدرٌ شرعاً، فلا يجوز إبطاله، فتردُّ الزيادة، بخلاف الأوّل، حيث تجوز الزيادة على قدر الدية؛ لأنَّ القصاصَ ليس بمال وإنَّما يقوَّم بالعقد، كما في اللباب ١: ٣١٨.

(١) الأصل في هذا: أنَّ الاعتياض عن حق الغير لا يجوز، فإذا أخذ رجلٌ زانياً أو سارقاً أو شارب خمر وأراد أن يرفعَه إلى الحاكم، فصالحه المأخوذ على مال؛ ليترك ذلك فالصلح باطل، وله أن يرجعَ عليه بما دفع إليه من المال؛ لأنَّ الحدّ حقّ الله ﷻ، والاعتياض عن حقّ الغير لا يجوز، وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام، كما في العناية٨: ٤١٨.

(٢) لأنَّه أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناءً على زعمه، وفي جانبها بدلاً للمال لدفع الخصومة، قالوا: ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله ﷻ إذا كان مبطلاً في دعواه، كما في الهداية٨: ٤١٨، وهذا عام في جميع أنواع الصلح، إلا أن يسلِّمَه بطيب عن نفسه، فيكون تمليكاً على طريق الهبة، كما في العناية٨: ٤١٩.

لها لم يجز، وإن ادَّعى رجلٌ على رجل أنَّه عبدُه، فصالحه على مال أَعطاه إيّاه جاز، وكان في حقِّ المدّعي في معنى العتق على مال، وكلُّ شيء وَقَعَ عليه الصلح وهو مستحقٌّ بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة، وإنَّما يُحْمل على أنَّه استوفى بعضَ حقِّه وأَسقط باقيه: كمَن له على

لها لم يجز)[1]؛ لأنَّه لا وجه لصحّته.

(**وإن ادَّعى رجلٌ على رجل أنَّه عبدُه، فصالحه على مال أَعطاه إيّاه جاز، وكان في حقِّ المدّعي في معنى العتق على مال**)؛ لما ذكرنا أنَّ تصرُّفَ المسلم يحمل على أقرب عقد إليه في الشرع، ولا ولاء للمدَّعي[2]؛ لأنَّه لم يُصَدَّق في الدعوى إلاّ أن يقيمَ البيِّنة، فيكون له الولاء.

(**وكلُّ شيء وَقَعَ عليه الصلح وهو مستحقٌّ بعقد المداينة**[3] **لم يحمل على المعاوضة**[4]**، وإنَّما يُحْمل على أنَّه استوفى بعضَ حقِّه وأَسقط باقيه: كمَن له على**

---

(١) لأنَّه بذل لها المال لترك الدعوى، فإن جُعِلَ ترك الدعوى منها فرقة، فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة، وإن لم يُجعل فرقة فلا شيء في مقابلة العوض الذي بذله لها، فلا يصح، وفي بعض النسخ: يجوز، ويجعل المال الذي بذله لها زيادة في مهرها، كما في الجوهرة١: ٣٢٠، أي: يجعل كأن الزوج بإعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها، كما في ٨: ٤١٩.

(٢) أي: إن لم يكن الصلح عن إقرار، ويكون دفعاً للخصومة لزعمه الحرية، ولا يثبت الولاء إلا أنَّ يقيم المدعي البينة، فتقبل ويثبت الولاء، كما في اللباب١: ٣١٩.

(٣) يعني: أنَّ بدل الصلح إن كان من جنس ما يستحقّه المدّعي على المُدَّعى عليه بالعقد الذي جرى بينهما، فإنَّ الصلحَ لا يحمل على المعاوضة، كما في الجوهرة١: ٣٢١.

(٤) لأنَّ تصرّف العاقل البالغ يصحّح ما أمكن، ولا يمكن تصحيحه معاوضة؛ لما فيه من الربا، كما في درر الحكام٢: ٤٠٠.

رجل ألف دينار فصالحه على خمسمئة، أو ألف درهم جياد فصالحه على خمسمئةٍ زيوف جاز، وصار كأنَّه أَبْرأَه عن بعضِ حَقِّه، ومَن كان له على رجل أَلف حال فصالحه على أَلف مؤجَّلة جاز، وصار كأنَّه أَجَّلَ نفسَ الحَقّ، ولو صالحه على دنانير إلى شهرٍ لم يجز، وإن كان له ألفٌ مؤجّلٌ فصالحه على خمسمئة حالّة لم يجز

(**رجل ألف دينار فصالحه على خمسمئة، أو ألف درهم جياد فصالحه على خمسمئةٍ زيوف جاز، وصار كأنَّه أَبْرأَه عن بعضِ حَقِّه**)؛ حَمْلاً على الصحة؛ لأنَّه لو لم يجعل كذلك أدّى إلى الرِّبا.

(**ومَن كان له على رجل أَلف حال فصالحه على أَلف مؤجَّلة جاز، وصار كأنَّه أَجَّلَ نفسَ الحَقّ**)[1]؛ لما مَرَّ.

(**ولو صالحه على دنانير إلى شهرٍ لم يجز**)؛ لأنَّه صرف فيفسده النَّساء.

(**وإن كان له ألفٌ مؤجّلٌ فصالحه على خمسمئة حالّة لم يجز**)[2]؛ لأنَّه لم يستحقّ في الحال بعقدِ المداينةِ شيئاً، فلا يُمْكِنُ حملُه على الإسقاط، فيكون معاوضة، فيبطل لوجود الرِّبا.

---

(١) إذ لا يمكن جعله معاوضة؛ لأنَّ بيع الدراهم بالدراهم نسيئة لا يجوز، فلا بُدّ من حمله على تأخير فيه معنى الإسقاط، كما في درر الحكام٢: ٤٠٠.

(٢) لأنَّ المعجلَ غير مستحق بعقد المداينة؛ إذ المستحقّ به هو المؤجّل، والمعجّل خير منه، فقد وقع الصلح على ما لم يكن مستحقّاً بعقد المداينة، فصار معاوضة، والأجل كان حقّ المديون، وقد تركه بإزاء ما حطّ عنه من الدين، فكان اعتياضاً عن الأجل، وهو حرام، ألا يرى أنَّ ربا النسيئة حَرُمَ؛ لشبهة مبادلة المال بالأجل، فَلَأن تحرم حقيقته أولى، كما في درر الحكام١: ٤٠٠.

ولو كان له ألفٌ سود فصالحه على خمسمئة بيض لم يجز، ومَن وكَّلَ رجلاً بالصلحِ فصالحه عنه لم يَلْزَم الوكيل ما صالح عليه، إلاّ أن يضمنه والمال لازم للموكِّل، فإن صالحَ عنه على شيءٍ بغيرِ أَمْرِه فهو على أَربعةِ أَوْجه:

(**ولو كان له ألفٌ سود فصالحه على خمسمئة بيض لم يجز**)؛ لما مَرَّ أَنَّه معاوضة فيؤدِّي إلى الرِّبا.

(**ومَن وكَّلَ رجلاً بالصلحِ فصالحه عنه لم يَلْزَم الوكيل ما صالح عليه، إلاّ أن يضمنه والمال لازم للموكِّل**)[1]؛ لأنَّه بمنزلة السفير إذا لم يضف الصلح إلى نفسه، فصار كالنكاح.

(**فإن صالحَ عنه**[2] **على شيءٍ بغيرِ أَمْرِه فهو على أَربعةِ أَوْجه:**

---

(١) هذا إذا صالح عنه عن إنكار أو سكوت أو عن إقرار في دم عمد، أو فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين؛ لأنَّ الوكيل في هذه الأشياء سفير ومعبر؛ وهذا لأنَّ الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق، وأما الصلح عن بعض الدين فإسقاط محض، فصارت هذه الأشياء بمنزلة الطلاق على مال؛ ولهذا جاز هذا الصلح من الأجنبي كما يجوز الخلع منه، فلا يلزم الوكيل شيء إلا بالالتزام كالوكيل في النكاح، غير أنَّه إذا ضمن هنا وأدى عنه يرجع على الموكل وفي النكاح لا يرجع؛ لأنَّ الأمر بالصلح عنه أمر بالأداء عنه، ليفيد الأمر فائدته، إذ الصلح عنه جائز بغير أمره، فكان فائدة أمره الرجوع عليه إذا ضمن عنه، وأما إذا صالح عنه فيما يحمل على المعاوضة بأن كان عن مال بمال عن إقرار، فإنَّ الوكيل يلزمه ما صالح عليه، ثم يرجع به على الموكّل؛ لأنَّ الوكيل أصيل في المعاوضة المالية، فترجع الحقوق إليه دون الموكِّل فيطالب هو بالعوض دون الموكل، كما في التبيين٥: ٤٠.

(٢) أي: عن المُدَّعى عليه فضوليّ، فإنَه يتمّ في ثلاثة منها، ويتوقّف على إجازة الأصيل

إن صالحَ عنه بمال وضمنه تمَّ الصلحُ ولزمه تسليمها، وكذلك إن قال: صالحتُك على أَلفي هذه تمّ الصُّلح ولزمه تسليمها، وكذلك لو قال: صالحتُك على ألف وسلَّمها

إن صالحَ عنه بمال وضمنه تمَّ الصلحُ [ولزمه تسليمها])[1]؛ لأنَّه تبرّعٌ بالعقد، وبالضمان تبرّع بالمال أيضاً، فيلزمه.

(**وكذلك إن قال: صالحتُك على أَلفي هذه تمّ الصُّلح ولزمه تسليمها**)[2]؛ لأنَّ الإضافةَ إلى ماله تقتضي الالتزام.

(**وكذلك لو قال: صالحتُك على ألف وسلَّمها**)؛ لأنَّ المقصود هو تسليم

في واحد، كما في اللباب ١: ٣٢٠.

(١) ما بين المعكوفين زيادة من جـ.

لأنَّ الحاصلَ للمُدَّعىٰ عليه ليس إلا البراءة، وفي مثله يستوي المُدَّعىٰ عليه والأجنبي؛ لأنَّه لا يُسلِّم للمدعىٰ عليه شيء، كما لا يسلِّم للأجنبي، ومع ذلك جاز اشتراط بدل الصلح علىٰ نفسه، فكذا للأجنبي، والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب الحقّ لا رضا المدعىٰ عليه إذ لا حظ له فيه؛ لأنَّ الوضع مفروض فيما لم يحمل علىٰ المعاوضة: كدعوىٰ القصاص وأخواته، والمدعي ينفرد بهذه الأمور، غير أنَّه لم يرض بسقوط حقه مجاناً، فإذا سُلِّم له العوض من جهة المتبرع صحّ ولزم؛ لتمام رضاه، وإلا توقّف علىٰ إجازة المُدَّعىٰ عليه، وسلامته تكون بالضمان؛ لأنَّه إن لم يلزم بالعقد؛ لكونه سفيراً فيه، يلزمه بالضمان؛ لولايته علىٰ نفسه، فتم رضاه به، كما في التبيين٥: ٤٠-٤١.

(٢) لأنَّ الإضافة إلىٰ نفسه التزام منه للتسليم إلىٰ المدعي، وهو قادر علىٰ ذلك، فيجب عليه تسليمه، فصار كما لو ضمن، فيصح؛ لتمام رضاه به، والمعرف المشار إليه بأن قال: صالحتك علىٰ هذا العبد أو علىٰ هذا الألف كالمضاف إلىٰ نفسه؛ لأنَّه تعين للتسليم إليه بشرط التسليم فيتمّ به الصلح، وإلا فلا، كما في التبيين٥: ٤١، والهداية٨: ٤٢٤.

وإن قال: صالحتُك على الألف ولم يسلّمها فالعقدُ موقوف، فإن أَجازَه المدعى عليه جاز ولزمته الألف، وإن لم يجزه بطل، وإن كان الدَّينُ بين الشريكين فصالح أَحدُهما من نصيبِهِ على ثوبٍ فشريكُه بالخيار: إن شاء اتبع الذي عليه الدَّين بنصفِه، وإن شاء أَخذ نصف الثَّوب

المعقود عليه، وقد حصل فيصحّ العقد.

(**وإن قال: صالحتُك على الألف ولم يسلّمها فالعقدُ موقوف، فإن أَجازَه المدعى عليه جاز ولزمته الألف، وإن لم يجزه بطل**)[1]؛ لأنَّه تبرّع بالعقد، ولم يوجد ما يدلّ على التزام المال.

(**وإن كان الدَّينُ بين الشريكين فصالح أَحدُهما من نصيبِهِ على ثوبٍ فشريكُه بالخيار: إن شاء اتبع الذي عليه الدَّين بنصفِه، وإن شاء أَخذ نصف الثَّوب**)[2]،

---

(١) لأنَّ الأصلَ في العقد إنَّما هو المُدَّعى عليه؛ لأنَّ دفع الخصومة حاصل له، إلا أنَّ الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه، فإذا لم يضفه بقي عاقداً من جهة المطلوب، فيتوقّف على إجازته، كما في الهداية٨: ٤٢٤.

(٢) الأصل: أنَّ الدَّين المشترك بين اثنين إذا كان بسبب واحد، فمتى قبض أحدهما شيئاً منه فإنَّ المقبوض من النصيبين جميعاً، فلصاحبه أن يشاركَه في المقبوض، ولكنَّه قبل المشاركة باقٍ على ملك القابض حتى ينفذ تصرّفه فيه، ويضمن لشريكه حصّته، وإنَّما كان المقبوضُ من النصيبين جميعاً؛ لأنا لو جعلناه من أحدهما قسّمنا الدين حال كونه في الذمّة، وذلك لا يجوز؛ لأنَّ القسمة تميز الحقوق، وذلك لا يتأتى فيما في الذمّة، وإذا لم تجز القسمة صار المقبوض من الحقّين، والدين المشترك يكون واجباً بسبب متحد: كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة، فإذا عرفنا هذا، نقول في مسألة الكتاب: له أن يتبع الذي عليه الأصل؛ لأنَّ نصيبه باقٍ في ذمته؛ لأنَّ القابض قبض نصيبه، وإن شاء أخذ

إلاّ أن يضمن له شريكه ربعَ الدَّين، ولو استوفى نصفَ نصيبه من الدَّينِ كان لشريكِه أَن يشتركَ فيما قبض، ثمّ يرجعان على الغريمِ بالباقي، وإن اشترى أحدُهما بنصيبِه من الدَّين سلعةً كان لشريكِه أن يضمِّنَه ربعَ الدَّين

والأصلُ فيها: أنَّ قسمةَ الدين قبل قبضه باطلة، فكان بالصلحِ متصرّفاً في حقِّه وحقِّ غيره، فإن أجازَ الشريكُ أخذَ نصف الثوب، وإن لم يجز كان حقُّه على الغريم بحاله، (**إلاّ أن يضمن له شريكه ربعَ الدَّين**)؛ لأنَّ ذلك القدر قد استوفي من حقه.

(**ولو استوفى نصفَ نصيبه من الدَّينِ كان لشريكِه أَن يشتركَ فيما قبض، ثمّ يرجعان على الغريمِ بالباقي**)[1]؛ لأنَّ جميعَ الدين مشتركٌ فما قَبَضَ منه يكون كذلك.

(**وإن اشترى أحدُهما بنصيبِه من الدَّين سلعةً كان لشريكِه أن يضمِّنَه ربعَ الدَّين**)[2]؛ لأنَّه بطريق المقاصّة صار مستوفياً نصف الدين، فيكون على الشركة على

نصف الثوب؛ لأنَّ له حق المشاركة فيه، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين؛ لأنَّ حقه في ذلك فإن لم يأخذ نصف الثوب وأراد الرجوع على غريمه فَتَوىٰ المال عليه، فله أن يرجع على شريكه بنصف الثوب؛ لأنَّ المقبوض إنَّما وقع في الأصل مشتركاً، كما في الجوهرة١: ٣٢٣.

(١) لأنَّه لما قبضه ملكه مشاعاً كأصله، فلصاحبه أن يشاركه فيه، ولكنَّه قبل المشاركة باق على ملك القابض؛ لأنَّ العين غير الدين حقيقة، وقد قبضه بدلاً عن حقه، فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه، ويضمن لشريكه حصته، ثم يرجعان جميعاً على الغريم بالباقي؛ لأنَّهما لما اشتركا في المقبوض بقي الباقي على الشركة، كما في اللباب١: ٣٢٢.

(٢) لو اشترى أحدهما بنصيبه من الدَّين ثوباً، كان لشريكه أن يضمنه ربع الدَّين،

ما مرَّ، ولا سبيل لشريكه على السلعة؛ لأنَّه ملكها بثمن في الذمّة، ثمّ وقعت المقاصّة.

(**وإن كان السَّلَم بين الشريكين فصالح أحدُهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومُحمَّد ﷺ**)[1]؛ لكونه قسمة الدَّين قبل القبض.

وليس الشريك مخيراً بين دفع ربع الدين ونصف الثوب، كما كان في صورة الصلح؛ لأنَّه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كاملاً، أي: مِن غير حطيطة وإغماض؛ لأنَّ مبنى البيع على المماكسة، ومثله لا يتوهم منه الإغماض والحطيطة، بخلاف الصلح؛ لأنَّ مبناه على ذلك، فلو ألزمناه في الصلح تضمين ربع الدَّين ألبتة، تضرر فيخير القابض، كما في العناية٨: ٤٣٤.

(١) إذا أسلم رجلان رجلاً في كُرٍّ حنطة، فصالح أحدُهما مع المُسلَّم إليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه، لم يجز عند أبي حنيفة ومحمّد ﷺ إلا بإجازة الآخر، فإن أجاز جاز، وكان المقبوض مِن رأسِ المالِ مُشتركاً بينهما، وما بَقِي من السَّلم مشتركاً بينهما، وإن لم يجزه فالصلحُ باطل؛ لأنَّه لو جاز، فإمّا أن يجوز في نصيبه خاصّة، فيلزم قسمة الدَّين قبل القبض؛ لأنَّ خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز، ولا تمييز إلا بالقسمة، وقد تقدَّم بطلانها، وإمّا أن يجوز النصف من النصيبين فلا بُدّ من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه؛ لأنَّ فيه فسخ العقد على شريكه بغير إذنه وهو لا يملك ذلك، وقال أبو يوسف ﷺ: جاز اعتباراً بسائر الديون، فإنَّ أحد الدائنين إذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز، وكان الآخر مُخيراً بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه كذلك هاهنا، كما في العناية٨: ٤٣٧-٤٣٨، والجوهرة١: ٣٢٣.

وقال أبو يوسف ﷺ: يجوز الصلح، وإن كانت التركةُ بين ورثة فأخرجوا أحـدَهم منها بمال أعطوه إيّاه، والتركة عقار أو عروض، جاز قليلاً كان أو كثيراً ما أعطوه، وإن كانت التركةُ فضةً فأعطوه ذهباً، أو ذهبـاً فـأعطوه فـضّة، فهـو كـذلك، وإن كانت التركة ذهباً وفضّة وغير ذلك فصالحوه على ذهبٍ أو فضّةٍ فلا بُـدَّ أن يكـون ما أَعطوه أَكثر من نصيبِهِ من ذلك الجنس؛ حتى يكون نصيبُه بمثلِه، والزِّيادة بحقِّه من بقيّةِ التَّركةِ

(**وقال أبو يوسف ﷺ: يجوز الصلح**)؛ اعتباراً بما لو كان ربُّ السلم واحـداً، إلاّ أنَّ ثمة لا يؤدِّي إلى قسمة الدَّين، فافترقا.

(**وإن كانت التركةُ بين ورثة فأخرجوا أحدَهم منها بمال أعطوه إيّاه، والتركة عقار أو عروض، جاز قليلاً كان أو كثيراً ما أعطوه**)[1]؛ اعتباراً بالبيع؛ إذ الواجـب حملُه على أقرب العقود إليه.

(**وإن كانـت التركـةُ فـضةً فـأعطوه ذهبـاً، أو ذهبـاً فـأعطوه فـضّة، فهـو كذلك**)[2]: كبيع الذهب بالفضة، ويعتبر التقابض في المجلس؛ لأنَّه صرف.

(**وإن كانت التركة ذهباً وفضّة وغير ذلك فصالحوه على ذهبٍ أو فـضّةٍ فـلا بُدَّ أن يكون ما أَعطوه أَكثر من نصيبِهِ من ذلك الجنس؛ حتى يكون نـصيبُه بمثلِـه، والزِّيادة بحقِّه من بقيّةِ التَّركةِ**)[3]؛ اعتباراً للتَّساوي في الجنسِ، واعتباراً للزيادة؛

---

(1) لأنَّه أمكن تصحيحه بيعاً، كما في الهدايـة8: 439، والجـوهرة1: 324؛ فعـن عـن عمرو بن دينار ﷺ: «إنَّ امرأة عبد الرحمن بن عوف ﷺ أخرجها أهله من ثلـث الـثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم» في مصنف عبد الرزاق8: 289.

(2) لأنَّه بيع الجنس بخلاف الجنس، فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقـابض في المجلـس؛ لأنَّه صرف، كما في الهداية8: 439.

(3) احترازاً عن الربا، ولا بُد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة؛ لأنَّه

وإن كان في التَّركة دينٌ على النَّاس، فأدخلوه في الصُّلح على أن يخرجوا المصالِح عنه ويكون الدَّين لهم فالصلح باطل، وإن شرطوا أن يُبرأ الغرماء منه ولا يُرْجَع عليهم بنصيبِ المصالِح فالصُّلح جائز

لئلا يؤدّي إلى الرِّبا.

(**وإن كان في التَّركة دينٌ على النَّاس، فأدخلوه في الصُّلح على أن يخرجوا المصالِح عنه**[1] **ويكون الدَّين لهم فالصلح باطل**)[2]؛ لاشتماله على تمليك الدين من غير مَن عليه، وأنَّه لا يجوز.

(**وإن شرطوا أن يُبرأ الغرماء منه ولا يُرْجَع عليهم بنصيبِ المصالِح فالصُّلح جائز**)[3]؛ لأنَّه إسقاط الدَّين وتمليكه ممَّن عليه، وذلك جائز.

صرفٌ في هذا القدر، ولو كان بدلُ الصلح عرضاً جاز مطلقاً؛ لعدم الربا، ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً، جاز الصلح كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس، كما في البيع، لكن يشترط التقابض للصرف، كما في العناية8: 441.

(1) المصالِح بكسر اللام، والضمير في عنه راجع إلى الدَّين؛ لأنَّ فيه تمليك الدَّين لغير من هو عليه، وهو حصة المصالح، كما في الجوهرة1: 324.

(2) يعني: إن أُخرج أحدُ الورثة وفي التركة ديونٌ، فشرط أن يكون الديون لبقية الورثة، بطل الصلح؛ لأنَّه تمليكُ الدين من غير مَن عليه الدَين، كما في شرح الوقاية 4: 240.

(3) ومن الحيل لصحة هذا الصلح:

كتاب الهبة

(تصحُّ الهبة[1] بالإيجابِ والقَبول

الأولى: أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدَّين، ويصالح عن أعيان التركة بمال، وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة؛ لأنَّ المصالح لا يبقى له على الغرماء حق، لا أنَّ حصته من الدَّين تصير لهم.

والثانية: أنَّ بقية الورثة يؤدون إلى المصالح نصيبه نقداً، ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء، وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة؛ لأنَّ النقد خير من الدين.

والثالثة: وهي أحسن الطرق، وهي الإقراض، بأن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه، ويصالحوا عما وراء الدين، ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء، كما في شرح الوقاية ٤: ٢٤٠، واللباب ١: ٣٢٣.

(١) لغةً: التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقاً؛ قال الله ﷻ: ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۝٥﴾ مريم: ٥، واصطلاحاً: تمليك العين بلا عوض، كما في الكنز والتبيين ٥: ٩١.

وركنها: هو الإيجاب والقبول، كما في التبيين ٥: ٩١، وفي البدائع ٦: ١١٦: «ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً، والقياس: أن يكون ركناً وهو قول زفر ﷺ»، قال الأتقاني: وأما ركنها، فقد اختلف المشايخ فيه: قال خواهر زاده في مبسوطه: هو مجرد إيجاب الواهب؛ ولهذا قال علماؤنا: إذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا، وقال صاحب التحفة: وركنها الإيجاب والقبول؛ لأنَّ الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقَبول، كما في الشلبي ٥: ٩١.

وشروط الهبة:

أولاً: أن لا تكون معلّقة بما له خطر الوجود والعدم، من دخول زيد وقدوم خالد

والرقبىٰ ونحو ذلك، ولا مضافةً إلىٰ وقت، بأن يقول: وهبت هذا الشيء منك غداً أو رأس شهر كذا؛ لأنَّ الهبةَ تمليكُ العين للحال، وأنَّه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلىٰ الوقت، كالبيع.

ثانياً: أن يكون الواهب ممن يملك التبرع؛ ولأنَّ الهبة تبرّع فلا يملكها مَن لا يملك التبرّع، فلا تجوز هبة الصبيّ والمجنون؛ لأنَّهما لا يملكان التبرّع؛ لكونه ضرراً محضاً لا يقابله نفع دنيوي.

ثالثاً: أن يكون الموهوب موجوداً وقت الهبة، فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد، بأن وهب ما يثمر نخله العام، وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك.

رابعاً: أن يكون الموهوب مالاً متقوماً، فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً: كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام والخنزير وغير ذلك.

خامساً: أن يكون الموهوب مملوكاً في نفسه، فلا تجوز هبة المباحات؛ لأنَّ الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال.

سادساً: أن يكون الموهوب مملوكاً للواهب، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه؛ لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك.

سابعاً: أن يكون الموهوب محوزاً، فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم، وتجوز فيما لا يقسم: كالسيارة والحمام ونحوها.

ثامناً: أن يكون الموهوب مقبوضاً، وله شروط:

الأول: أن يكون القبض بإذن المالك؛ لأنَّ الإذن بالقبض شرط لصحة القبض.

الثاني: أن لا يكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء؛ لأنَّ قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس بموهوب، فكان هذا في معنىٰ المشاع، كما إذا وهب أرضاً فيها زرع دون الزرع.

الثالث: أن يكون أهلاً للقبض، بأن يكون عاقلاً، فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل، وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض؛ استحساناً، فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له.

الرابع: الولاية في أحد نوعي القبض، فإن لم يكن قبضاً بالأصالة كان بالولاية بطريق النيابة، فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره.

الخامس: أن لا يكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب؛ لأنَّ معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل، كما إذا وهب داراً فيها متاع الواهب وسَلَّم الدار إليه، أو سَلَّم الدار مع ما فيها من المتاع، فإنَّه لا يجوز؛ لأنَّ الفراغَ شرطٌ صحّة التسليم والقبض ولم يوجد، كما في البدائع٦: ١١٦-١٢٩.

العوارض المانعة من الرجوع:

١. هلاك الموهوب؛ لأنَّه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته؛ لأنَّها ليست بموهوبة؛ لانعدام ورود العقد عليها.

٢. خروج الموهوب من ملك الموهوب له بأي سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها؛ لأنَّ الملك يختلف بهذه الأشياء.

٣. الزيادة في الموهوب زيادة متصلة.

٤. العوض؛ لأنَّ التعويض دليل على أنَّ مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فإذا وصل فقد حصل مقصوده، فيمنع الرجوع.

ما هو في معنى العوض، وهو ثلاثة أنواع:

الأول: صلة الرحم المحرم، فلا رجوع في الهبة لذي رحم محرم من الواهب، لأنَّ صلة الرحم عوض معنى؛ لأنَّ التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا، فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة، وسبب الثواب في الدار الآخرة، فكان أقوى من المال.

وتتمُّ بالقبض)[1]؛ لأنَّها عقدٌ كسائر العقود، فيشترط فيها الإيجاب والقَبول، وأما القبض؛ فلقول أبي بكر لعائشة رضي الله عنها: «كنت نحلتك جداداً عشرين وسقاً من تمر بالعالية ولم تكوني جذبته ولا قبضته، وإنَّما هو مال الوارث»[2]، جعل القبض شرطاً.

الثاني: الزوجية، فلا يرجع كلّ واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه؛ لأنَّ صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة.

الثالث: الثواب، فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها؛ لأنَّ الهبةَ من الفقير صدقة؛ لأنَّه يطلب بها الثواب كالصدقة، ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها؛ لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله ﷻ، كما في البدائع٦: ١٢٨-١٣٤.

(١) أي: تتمّ الهبة بالقبض الكامل الممكن في الموهوب للموهوب له، فالقبضُ الكامل في المنقول ما يناسبه، وفي العقار ما يناسبه، فقبض مفتاح الدار قبض لها، والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة بالقسمة حتى يقع القبض على الموهوب بطريق الأصالة من غير أن يكون القبض بتبعية قبض الكل، وفيما لا يحتمل القسمة بتبعية الكل، كما في شرح الوقاية ٤: ٢٦٥، يعني أن قبض بعض ما يقسم في ضمن الكل لا يفيد الملك حتى لو وهب نصف دار غير مقسوم ودفع الدار إليه فباع الموهوب له ما وهب له لا يجوز بيعه، بمنزلة من باع هبة لم يقبضها، كما في الشرنبلالية٢: ٢١٨.

(٢) فعن عائشة رضي الله عنها قالت: «إنَّ أبا بكر الصدِّيق ﷺ كان نحلها جَادَّ عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاةُ، قال: والله يا بنيّة ما من النَّاس أحدٌ أحبُّ إليّ غنىً بعدي منك، ولا أعزُّ عليَّ فقراً بعدي منك، وإنّي كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه كان لك، وإنَّما هو اليومُ مالُ وارث، وإنَّما هما أَخواك وأُختاك، فاقتسموه على كتابِ الله، قالت عائشة رضي الله عنها: فقلت: يا أبت، والله لو كان كذا

فإن قبضَ الموهوبُ له في المجلسِ بغيرِ إذن الواهبِ جاز، فإن قبضَه بعد الافتراق لم تصحّ إلاَّ أن يأذنَ له الواهبُ في القبض، وتنعقد الهبة بقوله: وهبت، ونحلت، وأَعطيت

(**فإن قبضَ الموهوبُ له في المجلسِ بغيرِ إذن الواهبِ جاز**)؛ لأنَّ القبضَ شرطُ العقد، فإقدام الواهب على الإيجاب إذنٌ له بذلك، وصار كالقبول في البيع.

(**فإن قبضَه بعد الافتراق لم تصحّ إلاَّ أن يأذنَ له الواهبُ في القبض**)[1]؛ لأنَّه لَمَّا كان كالقَبول لا يقف على ما وراء المجلس، وكان القياسُ أن لا يصحّ الإذن إلاّ أنَّه استحسن ذلك؛ لأنَّ حقّ الواهب ثابتٌ في العين، وقد صَرَّحَ بالإذن، فيثبت حكمُه، كإذن البائع في قبض المبيع.

(**وتنعقد الهبة بقوله: وهبت، ونحلت، وأَعطيت**)؛ لأنَّ هذه الألفاظ صريح

وكذا لتركته، إنَّما هي أسماء فَمَنِ الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة أراها جاريةً، فَوَلَدَتْ جارية» في الموطأ٢: ٧٥٢، والجَدّ في الأصل: القطع، ومنه جَدَّ النخل صرمه، أي: قطع ثمره جداداً فهو جاد، كما في المغرب ص١٣٤، وعن عمر ﷺ: «لا يحلُّ إلا لَمَن حازه فقبضه» في مصنف عبد الرزاق٩: ١٠٢، وعنه أيضاً ﷺ: «الإنحال ميراث مالم يقبض» في السنن الصغرى ٢: ٣٣٨.

(١) أي: إذا أَذِنَ له فالإذن تسليطٌ منه على القبض، والتسليطُ يبقى بعد المجلس كالتوكيل، فإن كان الموهوبُ موجوداً في المجلس، فقال له: قد خليت بينك وبينه فاقبض، وانصرف الواهب وقبضه بعده جاز؛ لأنَّ التسليطَ لا يبطل بعد الافتراق، وإن أذن له في قبضه بعد الافتراق فلم يقبضه حتى عزله، لم يصحّ قبضه بعد ذلك، فإن مات الواهب قبل القبض بطلت الهبة؛ لأنَّ بموته زال ملكه وفات تسليطه كالموكل، وكذا إذا مات الموهوب له؛ لأنَّه لما مات قبل قبضه لم يكن مالكاً له، فلم يكن موروثاً عنه، كما في الجوهرة١: ٣٢٥.

وأطعمتُك هذا الطعام، وجعلت هذا الثوب لك، وأعمرتك هذا الشيء، وحملتك على هذه الدابّة إذا نوى بالحملان الهبة

في هذا العقد، فإنَّ الهبةَ والعطيةَ واحد، والنحلةُ هي العطية أيضاً؛ لما مَرَّ في حديث أبي بكر رضي الله عنه.

(و)بقوله: (**أطعمتُك هذا الطعام**)[1]؛ لأنَّ الطعامَ قد يراد به التمليك، كما في الكفارات.

(**وجعلت هذا الثوب لك**)؛ لأنَّ الجعلَ له مطلقاً لا يكون إلاّ بالتمليك.

(**وأعمرتك هذا الشيء**)[2]؛ لأنَّ النبيّ ﷺ أَجاز العمرىٰ، وأَبطل شرط المُعَمِّر[3].

(**وحملتك على هذه الدابّة إذا نوى بالحملان الهبة**)[4]؛ لقول عمر رضي الله عنه: «حملت رجلاً علىٰ دابّة في سبيل الله جل جلاله، ثُمَّ رأيتها في السوق تباع، فسألت رسول الله ﷺ

(١) الإطعام إذا أضيف إلىٰ ما يطعم عينه، فإنَّه يراد به تمليك العين، بخلاف ما إذا قال: أطعمتك هذه الأرض، حيث تكون عارية؛ لأنَّ عينها لا تطعم، كما في الهداية٩: ٢٥.

(٢) لأنَّ معنىٰ العمرىٰ، هو التمليك للحال، واشتراط الاسترداد بعد موت المُعمَّر له، فصح التمليك، وبطل الشرط؛ لأنَّ الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، كما في التبيين٥: ٩٣.

(٣) فعن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: (أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فإنَّه من أعمر عمرىٰ فهي للذي أعمرها حياً وميتاً وَلِعَقِبِهِ) في صحيح مسلم٣: ١٢٤٧.

(٤) لأنَّ الإركاب تصرف في المنفعة، فيكون عارية، إلا إذا أراد به الهبة فتصح؛ لأنَّه مستعمل فيه يقال: حمل الأمير فلاناً علىٰ الدابة يعنون به التمليك فتصح نيّته، كما في التبيين٥: ٩٣.

عن شرائهـا، فقـال ﷺ: لا ترجـع في صـدقتك»[1]، وإنَّـما شرطـت النيّـة في الهبـة؛ لاحتمال العارية.

(**ولا تجوز**[2] **الهبـةُ فـيما يُقْـسَمُ**[3] **إلاّ مَقـسوماً**[4]**محـوزاً)**[5]؛ لأنَّ القـبضَ شرطٌ لثبوت الملك فيه، والشيوعُ مانعٌ منه، ولو ألزمنـاه مؤنـة القـسمة لانقلـب التـبرّع إلزاماً، وذلـك لا يجوز.

(**وهبةُ المشاع فيما لا يقسم**[6] **جائزة)**؛ لأنَّ القبضَ فيها لا يتـصوّر إلاّ ناقـصاً، ولا يلزم فيها مؤنة القسمة، والشَّافِعيّ ﵁ سوَّىٰ بينهما في الجواز؛ اعتباراً بالبيع،

---

(١) فعن ابن عمر ﵄: «أنَّ عمر ﵁ حمل علىٰ فرس في سبيل الله ﷻ فأعطاه رسـول الله ﷺ رجلاً، فوافقه عمر ﵁ يبيعه، فقال عمر ﵁: يا رسول الله، أبتاع الفرس الذي حملت عليه؟ قال: لا تبتاعه، ولا ترجع في صدقتك» في مستخرج أبي عوانة١١: ٣٠٢، ومسند أحمد٢: ١٠٢، قال الأرنؤوط: إسناده صحيح علىٰ شرط الشيخين، والمنتقىٰ١: ٩٩.

(٢) ومعنىٰ قوله: لا تجوز؛ أي لا يثبت الملك فيها؛ لأنَّها في نفسها وقعت جـائزة لكـن غير مُثبتة للملك قبل تسليمها محوزة، فإنَّه لو قسَّمها وسلَّمها مقسومة صـحّت، كـما في الجوهرة١: ٣٢٦.

(٣) المراد به أنَّه لو قسم تبقىٰ منفعته، كما في شرح الوقاية ٤: ٢٢٦.

(٤) لأنَّ القبض الكامل ممكن فيه بالقـسمة، فـلا يكتفـىٰ بالقـاصر، كـما في اللبـاب١: ٣٢٥.

(٥) أي: مجموعة مفرغة عن ملك الواهب وحقوقه، واحترز به عمّا إذا وهب التمر علىٰ النخل دونه، والزرع في الأرض دونها، كما في اللباب ١: ٣٢٥.

(٦) أي: ليس من شأنه أن يقسمَ، بمعنىٰ لا يبقىٰ منتفعاً به بعد القسمة أصلاً: كعبد

ومَن وَهَبَ شِقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة، فإن قسمَه وسلَّمَه جاز، وإن وَهَبَ دقيقاً في حنطة، أو دهناً في سمسم فالهبةُ فاسدة، فإن طَحَن وسَلَّم لم يَجُز

والفرق: أنَّ في البيع يقع الملك بالعقد، بخلاف الهبة[1].

(**ومَن وَهَبَ شِقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة**)؛ لما مَرَّ، (**فإن قسمَه وسلَّمَه جاز**)[2]؛ لارتفاع الفساد.

(**وإن وَهَبَ دقيقاً في حنطة، أو دهناً في سمسم فالهبةُ فاسدة، فإن طَحَن**) أو استخرج الدهن (**وسَلَّم لم يَجُز**)[3]، والفرقُ بينهما: أنَّ العقدَ هنا وَرَدَ على المعدوم، فيلغو كبيع الملاقيح والمضامين، بخلاف هبة المشاع.

ودابّة، ولا يبقى منتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة: كالبيت والحمام، كما في مجمع الأنهر ٢: ٣٥٦.

(١) والخلاف بيننا وبين الشَّافِعيّة مبنيّ على اشتراط القبض، هم يقولون: المشاع محلّ للقبض كما في البيع ونحوه، ونحن نقول: القبضُ منصوصٌ عليه هاهنا فلا بُدّ من كماله، كما في شرح الوقاية ٤: ٢٦٦.

(٢) العبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد، حتى لو وهب مشاعاً وسَلَّم مقسوماً يجوز، وكذا لو وهب نصف الدار ولم يُسلِّم ثم وهب النصف الآخر وسَلَّمه جازت الهبة، أو وهب تمراً في نخل أو زرعاً في أرض ثمّ سَلَّم بعد ذلك مفرزاً يجوز، كما في البناية ٧: ٨٠٨.

(٣) لأنَّ الموهوبَ معدوم، والمعدومُ ليس بمحلٍّ للملك فلا يمكن تمليكه بالعقد، فوقع باطلاً، فلا يملك إلا بعقد جديد؛ وهذا لأنَّ الحنطةَ استحالت وصارت دقيقاً، وبعد الاستحالة هو عينٌ أخرى، بخلاف المشاع؛ لأنَّه محلّ للملك إلاّ أنَّه لا يمكن تسليمه، فإذا زال المانع جاز، كما في تبيين الحقائق ٥: ٩٤.

وإن كانت العينُ في يدِ الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدِّد فيها قبضاً، وإذا وَهَبَ الأبُ لابنه الصغير هبةً ملكها الابنُ بالعقد

(**وإن كانت العينُ في يدِ الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدِّد فيها قبضاً**)[1]، يريد إذا كانت في يده أمانة؛ لأنَّها تقف على مجرد القبض لا على قبض بصفة، وهذا استحسانٌ، والقياس: أن لا يصير قابضاً حتى يرجع إلى بيته، فيخلي بينها وبين نفسه، كما إذا كانت في يده مضمونة بغيرها[2] كالمرهون.

(**وإذا وَهَبَ الأبُ لابنه الصغير هبةً ملكها الابنُ بالعقد**)؛ لأنَّ قبضَ الأب قبض الابن[3].

---

(١) أي: إذا كانت العين في يد الموهوب له لا يحتاج إلى قبض جديد؛ لانتفاء المانع، وهو عدم القبض، فإذا وجد القبض أمانة، جاز أن ينوب عن قبض الهبة، بخلاف ما إذا باعه منه؛ لأنَّ القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة، والأصل في ذلك أنَّ تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر، وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس، فإذا كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إيّاه لا يحتاج إلى تجديد قبض؛ لأنَّ كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين، ولو كان بيده مغصوباً أو ببيع فاسد فوهبه إيّاه لم يحتج إلى تجديده؛ لأنَّ الأوّلَ أقوى فينوب عن الضعيف، ولو كانت وديعة فباعه منه فإنَّه يحتاج إليه؛ لأنَّ قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان، ومعنى تجديد القبض: أن ينتهي إلى موضع فيه العين، ويمضي وقت يتمكّن فيه من قبضها، كما في العناية٩: ٣٢-٣٣.

(٢) في ب: «لغيرها».

(٣) أي: فلا يحتاج إلى قبض جديد، سواء كان في عياله أو لا، لكن يلزم الإشهاد، وعليه الاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته، إلا إذا كان الموهوب في يد غاصب، أي: لو غصب عبده مثلاً غاصبٌ فوهب لابنه الصغير، وهو في يد الغاصب،

وإن وَهَبَ له أجنبيٌّ هبةً تَمَّت بقبض الأب، وإذا وُهِبَ لليتيم هبة فقبضها وليُّه له جاز، فإن كان في حجرِ أُمِّه فقبضها له جائز، وكذلك إن كان في حجرِ أَجنبيٌّ يربيه فقبضُه له جائز، وإن قبضها الصَّبيُّ بنفسِهِ جاز

(**وإن وَهَبَ له أجنبيٌّ هبةً تَمَّت بقبض الأب**)[1]؛ لما ذكرنا آنفاً.

(**وإذا وُهِبَ لليتيم هبة فقبضها وليُّه له جاز**)[2]؛ لأَنَّه يتولَّى سائر مصالحه، وكذا هذا.

(**فإن كان في حجرِ أُمِّه فقبضها له جائز، وكذلك إن كان في حجرِ أَجنبيٌّ يربيه فقبضُه له جائز**[3]، **وإن قبضها الصَّبيُّ بنفسِهِ جاز**)[4]؛ لأَنَّه نفعٌ محضٌ، فلا

لا تتمّ الهبة بمجرد العقد؛ لأَنَّه ليس في يد الأب حقيقة وحكماً؛ لكونه مضموناً، والضمان إنَّما يكون بتفويت اليد، كما في مجمع الأنهر ٢: ٣٥٧.

(١) لأنَّ له عليه ولاية، فإن لم يكن الأب حيّاً فقبضه له أجنبيّ، إن كان يعوله جاز، وإلاّ فلا، وكذا إذا كان القابضُ له أخاً أو عمّاً أو خالاً، فالقبضُ لِمَن يعوله دون غيره، وإن دفعَها الواهبُ إلى الصبيّ، إن كان يعقلُ جاز، وإلاّ فلا، كما في الجوهرة ١: ٣٢٧.

(٢) وهو وصيّ أبيه أو جدّه أو وصيّ جدّه أو القاضي أو مَن نصّبه القاضي، قال في النهاية: لا يجوز قبض الهبة للصغير إلا بأربعة، وهم هؤلاء المذكورون، أمّا مَن سواهم من الأقارب، لا يجوز إلاّ إذا كان يعوله كالأجنبي، كما في الجوهرة ١: ٣٢٧.

(٣) أي: تتمّ بقبض أمّه وبقبض أجنبيّ إذا كان في حجرهما؛ لأنَّ لِمَن هو في يده ولاية التصرف النافع له، وتحصيل المال من أوفر المنافع، فكان لهم ذلك؛ لثبوت يدهم عليه، حتى لا يكون لغيرهم أن ينزعه من أيديهم، فكانوا أحقّ بحفظه، وتحصيل المال له من ضرورات حفظه؛ لأَنَّه لا يبقى عادة إلا بقوت وملبوس، فقاموا في هذا مقام الوليّ عند عدم الوليّ لكونه نفعاً محضاً، كما في التبيين ٥: ٩٦.

(٤) أي: مميزاً يعقل التحصيل، ولو أبوه حيّاً؛ لأَنَّه في التصرّف النافع يلحق بالبالغ

يقف على الولاية، ويملكه كلُّ مَن يصلح قابضاً له.

(فإذا وَهَبَ اثنان من واحدٍ داراً جاز، وإن وَهَبَ واحدٌ من اثنين لم يصحّ عند أبي حنيفة ﷺ[1].

وقالا: يصحّ)[2].

والفرق: أنَّ في الأُولىٰ: القابض واحد، فالشيوع لا يمنع من القبض، وفي الثانية: اثنان، ولكلٍّ واحد جزء مشاع، فيتعذَّر القبضُ، وهما سويا بينهما؛ لأنَّهما

العاقل، وفي البحر: مَن وَهَبَ لصغير يُعَبِّرُ عن نفسه شيئاً فردَّه، يصحّ، كما يصحّ قبوله، كما في مجمع الأنهر ٢: ٣٥٧.

(١) لأنَّ تمليكَ الكلّ منهما تمليك البعض الشائع من كلّ منهما؛ لأنَّه لا وجه له سوىٰ هذا، وهذا باطل، كما في رمز الحقائق ٢: ١٨٦؛ لأنَّه هبة النصف من كلّ واحد منهما، ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما جاز، ولولا أنَّه تمليك لكلّ واحد منهما علىٰ حدة لَمَا جاز، فينصرف قبض كلّ واحد منهما إلىٰ نصيبه فقط، وهو شائع، فيكون القبض ناقصاً؛ إذ قبض الشائع لا يتصور، فلا يجوز، ولا يعتبر جانب التسليم؛ لأنَّ القبض الناقص هو المانع دون التسليم بخلاف الرهن؛ لأنَّ حكمَه الحبس الدائم، وقد ثبت لكلّ واحد منهما كاملاً فلا شيوع فيه، ألا ترىٰ أنَّه لو قضىٰ دين أحدهما بقي كله في يد الآخر ولا كذلك الهبة؛ لأنَّه لم يحصل له الملك إلا في النصف فكان شائعاً ضرورة، كما في التبيين ٥: ٩٧.

(٢) لأنَّ هذه هبة الجملة منهما؛ إذ التمليك واحد، فلا يتحقّق الشيوع، كما إذا رهن من رجلين، كما في الجوهرة ١: ٣٢٨.

يقبضان بمرّة، إلاّ أنَّ المستحقّ لكلّ واحد جزء شائع، وذلك لا يتحقّق.

(وإذا وَهَبَ هبةً لأَجنبيٍّ فله الرُّجوعُ فيها)؛ لقوله ﷺ: «الواهبُ أَحَقُّ بهبته ما لم يُثَبْ عنها»[1].

ولا حجّة للشَّافِعِيِّ ﷺ في قوله ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه»[2]؛ لأنَّ فعلَ الكلب لا يوصف بالحلّ والحرمة، وإنَّما أفاد القبح والكراهية، وبه نقول.

(إلا أنّ يعوِّضَه عنها)[3]؛ لوجود الثواب.

(أو تزيد زيادة متصلة)[4]؛ لتعذّر الرجوع بإيراد الفسخ على ما لم يرد العقد

---

(1) فعن عمر وابن عباس وأبي هريرة ﷺ، قال ﷺ: (الواهبُ أحقُّ بهبته ما لم يُثَبْ) في المستدرك٢: ٦٠، وقال: حديثٌ صحيحٌ على شرط الشيخين، وسنن الدارقطني٣: ٤٣، وسنن ابن ماجه٢: ٧٩٨، وسنن البَيْهَقيّ الكبير٦: ١٨١، أي: ما لم يعوض؛ ولأنَّ المقصود بالعقد هو التعويض للعادة، فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته؛ إذ العقد يقبله، كما في الهداية٩: ٤٠-٤١.

(2) فعن ابن عمر وابن عباس ﷺ، قال ﷺ: (لا يحلّ للرجل أن يعطي عطية ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، وَمَثَلُ الذي يعطي العطية ثمّ يرجعُ فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد في قيئه) في سنن الترمذي٤: ٤٤٢، وقال: حسن صحيح، وصحيح ابن حبان١١: ٥٢٤، والمستدرك٢: ٥٣، وصححه، وسنن النسائي٤: ١٢١.

(3) ولا بُدّ أن يذكر لفظاً يعلم الواهب منه أنَّ ذلك عوض هبته، كأن يقول: هذا عوض هبتك، أو جزاؤها، أو بدلها، أو في مقابلتها، كما في فتح باب العناية٢: ٤١٥.

(4) أي: تزيد العين الموهوبة بنفسها زيادة متصلة موجبة لزيادة القيمة: كالبناء

عليه، واستحالة الفصل بينهما.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: المتصلة لا تمنع الرجوع كالمنفصلة؛ اعتباراً بما لو حدث قبل القبض، والفرق: أنَّ المنفصلةَ يمكن فيها إيراد الفسخ على محلّ العقد، وهنا لا، وقبل القبض كانت محلاً للعقد؛ لأنَّ العقد يتمّ بالقبض.

(**أو يموت أحد المتعاقدين**[1].

أو تخرج الهبة من ملك الموهوب له)[2]؛ لأنَّ تبدّل الملك كتبدل العين، ثُمَّ لا يجوز الرجوع في غير العين الموهوبة، كذا في غير ذلك الملك.

والغرس والسمن ونحو ذلك؛ لأنَّه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة؛ لعدم الإمكان، ولا معها؛ لعدم دخولها تحت العقد. قيد بالزيادة؛ لأنَّ النقصان لا يمنع، وبالمتصلة؛ لأنَّ المنفصلة: كالولد والأرش لا تمنع، فيرجع بالأصل دون الزيادة، وقيدنا: الزيادة بنفسها؛ لأنَّها لو كانت بالقيمة لا تمنع؛ لأنَّها للرغبة؛ إذ العين بحالها، وبالموجبة لزيادة القيمة؛ لأنَّه لو كانت غير موجبة لزيادة القيمة لا تمنع؛ لأنَّها قد توجب نقصاً، كما في اللباب ١: ٣٢٨.

(١) لأنَّ بموت الواهب يبطل خياره؛ لأنَّه وصفٌ له، وهو لا يورث كخيار الرُّؤية والشَّرط، وبموت الموهوب انتقل الملك إلى ورثته، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب، فلا يرجع الواهب عليهم، كما إذا انتقل إليهم في حال حياته، ولأنَّ تبدل الملك كتبدل العين، كما في منح الغفار ق٢: ٢٢٣/ أ.

(٢) لأنَّ الخروج حصل بتسليطه وسواء أخرجت ببيع أو هبة أو غير ذلك، ولو أخرج بعضها عن ملكه، فله الرجوع فيما بقي دون الزائل، ولو وهبها الموهوب له لآخر، ثم رجع فيها، كان للأول أن يرجع فيها، كما في الجوهرة ١: ٣٢٩.

وإن وَهب هبةً لذي رَحْم مَحْرَم منه فلا رجوع له فيها، وكذلك ما وَهَبه أحدُ الزَّوجين للآخر، وإذا قال الموهوب له للواهب: خُذ هذا عوضاً عن هبتك، أو بدلاً عنها، أو في مقابلتها، فقبضه الواهب سقط الرجوع

(**وإن وَهب هبةً لذي رَحْم مَحْرَم منه فلا رجوع له فيها**)؛ لأنَّ العوضَ قد حصل، وهو صلة الرَّحم.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: للوالد أن يرجع فيما وهب لولده، وهذا قبيح؛ لأنَّ القرابة بينهما أكمل وآكد، والرجوع يؤدِّي إلى القطيعة، وما روي من الحديث: «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يعطي ولده»[1]، محمولٌ على حال الحاجة؛ توفيقاً بين الأدلة.

(**وكذلك ما وَهَبه أحدُ الزَّوجين للآخر**)[2]؛ لأنَّ الزَّوجيةَ كالقرابة التامّة.

(**وإذا قال الموهوب له للواهب: خُذ هذا عوضاً عن هبتك، أو بدلاً عنها، أو في مقابلتها**[3]**، فقبضه الواهب سقط الرجوع**)؛ لوجود العوض، فإنَّ كلَّ هذه

(1) فعن ابن عمر، وابن عباس ﷺ، عن النبي ﷺ قال: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ...» في سنن أبي داود ٣: ٢٩١، واللفظ له، وسنن الترمذي ٣: ٥٨٤، والسنن الكبرى للنسائي ٦: ١٧٩، وسنن ابن ماجه ٢: ٧٩٥، وغيرها.

(2) لأنَّ الزوجية نظير القرابة، حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب، ففي هبة كل واحد منهما لا يكون المقصود إلا الصلة دون العوض كما في القرابة المحرمية،وهو قد حصل، فبعد حصول المقصود لا يرجع، بخلاف ما إذا وهب لأجنبي، فإنَّ المقصود فيها هو العوض، كما في الزبدة٣: ٣٠٥.

(3) بيان الألفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع إلى الواهب عوضاً

وإن عَوَّضَه أَجنبيٌّ عن الموهوب له مُتبرِّعاً، فقبض الواهبُ العوضَ سقط الرجوع، وإذا استُحِقَّ نصفُ الهبة رَجَعَ بنصف العوض

الألفاظ تدلّ على العوضية، ولا بُدّ من إضافتها إلى الهبة حتى يكون عوضاً، وإلا فيكون هبة مبتدأة، فيثبت الرجوع فيهما جميعاً.

(**وإن عَوَّضَه أَجنبيٌّ عن الموهوب له مُتبرِّعاً، فقبض الواهبُ العوضَ سقط الرجوع**)[1]؛ لأَنَّه تبرُّعٌ بإسقاط حق الواهب عن العين، فجاز كما لو خلع امرأة من زوجها على عوض ضمنه.

(**وإذا استُحِقَّ نصفُ الهبة رَجَعَ بنصف العوض**)[2]؛ لأَنَّه بذلَه في مقابلة

يبطل به الرجوع، وأما إذا وهب من الواهب شيئاً ولم يعلم الواهب أنَّه عوض هبته، فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته، وليس من شرط العوض أن يساوي الموهوب، بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء؛ لأنَّها ليست بمعاوضة محضة، فلا يتحقَّق فيها الربا، ولا أن ينحصر العوض على الموهوب له، بل لو عوّضه عنه أجنبيّ متبرِّعاً صحّ، كما في العناية٩: ٤٤.

(١) لأنَّ العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي، كبدل الخلع والصلح، وليس للمتبرع أن يرجع على الموهوب له فيما تبرع به من العوض إذا قبضه الواهب؛ لأنَّه قد حصل له في مقابلته إسقاط حق الواهب من الرجوع، فصار كالهبة بعوض، فإن قيل: ما الفائدة في قوله: متبرعاً، والحكم في غير المتبرع يبطل الرجوع بأن أَمَرَهُ الموهوب له بالتعويض، فعوضه بشرط أن يضمنه الموهوب له، قلنا الحكم في ذلك بطريق الأولى، فإنَّه لمّا بطل بتعويض المتبرّع، فأولى أن يبطل بتعويض غير المتبرّع، كما في الجوهرة١: ٣٣٠.

(٢) لأنَّه لم يُسلِّم له ما يقابل نصف العوض، وهذا فيما لا يحتمل القسمة، وأما فيما

وإن اسْتُحِقَّ نصفُ العوض لم يرجع في الهبةِ بشيءٍ، إلاّ أن يردَّ ما بَقِي من العِوض ثُمَّ يرجع، ولا يصحُّ الرجوع في الهبة إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم

الجميع.

(**وإن اسْتُحِقَّ نصفُ العوض لم يرجع في الهبةِ بشيءٍ**[1]**، إلاّ أن يردَّ ما بَقِي من العِوض ثُمَّ يرجع**)[2]؛ لأنَّ الباقي صلح أن يكون عوضاً مانعاً من الرجوع ابتداءً، فكذلك انتهاءً، وعند زُفَر ﷺ: له أن يملك ما بقي ويرجع بمقدار ما استحقَّ من الهبة؛ اعتباراً باستحقاق الهبة، إلاّ أنَّ الهبةَ ابتداءً ما وقعت مقابلة بالعوض؛ ليكون فوات بعض العوض موجباً استحقاق بعض الهبة، بخلاف العوض، فإنَّه بذلٌ في مقابلة الهبة.

(**ولا يصحُّ الرجوع في الهبة إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم**)[3]؛ لأنَّ الملكَ قد

يحتملها إذا استحقّ بعض الهبة بطل في الباقي ويرجع بالعوض، كما في الجوهرة١: ٣٣٠.

(١) لأنَّ الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء، وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكلّ من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء؛ لأنَّ البقاءَ أسهل من الابتداء، ولأنَّ ما يصلح أن يكون عوضاً عن الكلّ في الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء بالاستحقاق؛ إذ به ظهر أنَّه لا عوض من الابتداء إلا هو، كما في العناية٩: ٤٥.

(٢) أي: أنَّ الواهب يتخيّر بين أن يردّ ما بقي من العوض ويرجع في الهبة، وبين أن يمسكَه ولم يرجع بشيء؛ لأنَّه ما أسقط حقّه في الرجوع إلا ليسلم له كلّ العوض، ولم يُسلم، فله أن يردّ ما بقي من العوض، كما في العناية ٩: ٤٥.

(٣) لأنَّه مختلف فيه بين العلماء، فبعضهم قال بعدم جواز الرجوع، وإذا كان كذلك

وإذا تلفت العين الموهوبة في يدِ الموهوب له، ثُمَّ استحقّها مستحقٌّ، فضَمَّنَ الموهوبَ له لم يرجع على الواهبِ بشيءٍ، وإذا وَهَبَ بشرطِ العوض، اعتبر التقابض في العِوضين، فإذا تقابضا صَحَّ العقد، وصار في حكم البيع: يُرَدُّ بالعيبِ، وخيارِ الرؤيةِ، وتجب فيه الشُّفعة

ثبت لظهور آثاره، فلا يجوز إبطاله عليه إلا بتراضٍ أو بقضاء القاضي، كالردّ بالعيب.

(**وإذا تلفت العين الموهوبة [في يدِ الموهوب له]**[1]**، ثُمَّ استحقّها مستحقٌّ، فضَمَّنَ الموهوبَ له لم يرجع على الواهبِ بشيءٍ**)[2]؛ لأنَّ الهبةَ عقدٌ تبرُّع فلا ينقلب إلزاماً.

(**وإذا وَهَبَ بشرطِ العوض، اعتبر التقابض في العِوضين**[3]**، فإذا تقابضا صَحَّ العقد**)؛ لأنَّه هبةٌ ابتداءً باعتبار التَّسمية، وبيعٌ انتهاءً؛ لوجود المعاوضة، (**وصار في حكم البيع: يُرَدُّ بالعيبِ، وخيارِ الرؤيةِ، وتجب فيه الشُّفعة**)؛ عملاً بحقيقة

كان ضعيفاً، فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه، وهو الفسخ ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوىٰ بها كالهبة، فإنَّها لما ضعفت لكونها تبرعاً لم ينفذ حكمها ما لم ينضم إليها القبض، كما في العناية٩: ٤٥.

(١) ما بين المعكوفين زيادة من جـ.

(٢) لأنَّ الواهب لم يوجب للموهوب له سلامة العين الموهوبة؛ ولأنَّه حصل له ملكها بغير عوض، فإذا استحقَّت لم يرجع علىٰ من ملكه: كما لو ورثها فاستحقت، لم يرجع في مال الوارث بقيمتها، كذا هذا، كما في الجوهرة ١: ٣٣١.

(٣) لأنَّ العوض هبة مبتدأة، وما لم يتقابضا لكلّ واحد منهما أن يمنع صاحبه ويبطل بالشيوع، كما في الجوهرة١: ٣٣١.

المعاوضة، وقال زُفَر والشَّافِعيّ رضي الله عنه في قول: لا عبرة للفظ الهبة، وهو بيع حتى لا يفتقر إلى القبض، ولا تبطله الإشاعة؛ لأنَّ العبرةَ للمعنى، إلاّ أنَّ اعتبارَ اللفظ والمعنى عند الإمكان أولى من إلغاء أحدهما.

وقال الشَّافِعيّ رضي الله عنه في قول: شرط العوض يبطل الهبة؛ لأنَّه تغيير لموضوع العقد كالبيع بغير الثمن، إلاّ أنَّ الهبة قد يقصد بها الثواب، وقد يقصد بها العوض، كيف وقد قال الشَّافِعيّ رضي الله عنه: أنَّ الهبة من الأدنى إلى الأعلى مقتضية للعوض، وهذا تناقض.

(**والعمرى جائزةٌ للمعمَّر في حالِ حياته ولورثتِه من بعد موته**)، وهي أن يقول: داري لك عمري إذا متّ تردّ إليّ، فيصحّ التمليك ويبطل الشرط عند أبي حنيفة ومُحمَّد رضي الله عنهما؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «أمسكوا عليكم أموالكم، ولا تعمروها، فإنَّ مَن أعمر شيئاً فإنَّه لَمن أعمر»[1].

(**والرُّقبى باطلةٌ عند أبي حنيفة ومُحمَّد رضي الله عنهما**)[2]، وهي أن يقول: داري لك

---

(1) فعن جابر رضي الله عنه، قال صلى الله عليه وسلم: (أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فإنَّه مَن أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً ولعقبه) في صحيح مسلم3: 1247، وفي لفظ عنه رضي الله عنه: (أمسكوا عليكم أموالكم، لا تعطوها أحداً، فمَن أعمر شيئاً فهو له) في مستخرج أبي عوانة11: 342، ومشكل الآثار12: 142، ومسند أحمد3: 293، وصححه الأرنؤوط.

(2) وصورتها: أرقبتك هذه الدار، وهي من المراقبة، وهي الانتظار، ومعناها: إن مت قبلك فهي لك، وإن مت قبلي عادت إليَّ، فإذا سلمها إليه على هذا تكون عارية عندهما،

وقال أبو يوسف: هي جائزة، ومَن وَهَبَ جاريةً إلاّ حملها صَحَّت الهبةُ وبطل الاستثناء

رقبى إن مت قبلي رجعت إليّ، وإن مت قبلك فهي لك، فهذه عارية؛ لقول شريح رضي الله عنه: «إنَّ النبي ﷺ أجاز العمرى وردّ الرقبى»[1].

(**وقال أبو يوسف**) والشَّافِعيّ رضي الله عنه: (**هي جائزة**)؛ لما روي: «أنَّه ﷺ أجاز العمرى لأهلها، والرقبى لأهلها»[2]، إلاّ أنَّه محمولٌ على إجازتها عارية لا هبة، وبه نقول، حملناه على ذلك؛ تلفيقاً بين الأخبار.

(**ومَن وَهَبَ جاريةً إلاّ حملها صَحَّت الهبةُ وبطل الاستثناء**)[3]؛ لأنَّ الحَمْل جزءٌ منها، فلا يصحُّ استثناؤه كسائرِها، فيبقى شَرْطاً فاسداً، والهبةُ لا تبطل

يجوز له أخذها متى شاء، وقال أبو يوسف رضي الله عنه: هي هبة صحيحة؛ لأنَّ قوله: داري لك تمليك، وقوله: رقبى شرط فاسد، ولو قال: داري رقبى لك أو حبيس لك كانت عارية إجماعاً، وإذا وهب هبة وَشَرَطَ فيها شرطاً فاسداً، فالهبة جائزة، والشرط باطل: كمَن وهب لرجل جارية واشترط عليه أن لا يبيعها أو أن يتخذها أم ولد أو يردّها عليه بعد شهر، فالهبة جائزة، وهذه الشروط باطلة؛ لأنَّه لا يقتضيها العقد، والأصل في هذا أنَّ كلّ عقد مِن شرطه القبض فإنَّ الشرطَ لا يفسده: كالهبة والرهن، وفي الهداية: الرهن يبطل بالشرط...كما في الجوهرة١: ٣٣١.

(١) فعن طاووس رضي الله عنه، قال ﷺ: (لا تحل الرقبى، فمن أرقب رقبى فهو بسبيل ميراث) في سنن النسائي الكبرى٤: ١٢٧.

(٢) فعن جابر رضي الله عنه، قال ﷺ: (العمرى جائزة لأهلها، والرقبى جائزة لأهلها) في سنن الترمذي٣: ٦٣٣.

(٣) لأنَّ الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد، والهبة لا تعمل في الحَمل؛

والصدقةُ كالهبةِ لا تصحُّ إلا بالقبض ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة، فإذا تَصَدَّقَ على فقيرين بشيءٍ جاز، ولا يصحّ الرجوع في الصدقة بعد القبض، ومَن نذرَ أن يتصدَّق بماله لزمه أن يتصدَّقَ بجنس ما تجب فيه الزَّكاة

بالشروط الفاسدة.

(**والصدقةُ كالهبةِ لا تصحُّ إلا بالقبض ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة**)[1]؛ لأنَّه عقدُ تبرع، فلا يتمّ إلاّ بالقبض، والشيوع مانع منه.

(**فإذا تَصَدَّقَ على فقيرين بشيءٍ جاز**)؛ لأنَّ المقصودَ هو الله ﷻ، وهو واحدٌ لا شريك له، والفقيرُ نائبٌ عنه في القبض، كالساعي في الزكاة.

(**ولا يصحّ الرجوع في الصدقة بعد القبض**)؛ لأنَّ الثوابَ قد حصل فيمنع الرجوع، كالعوض في الهبة.

(**ومَن نذرَ أن يتصدَّق بماله لزمه أن يتصدَّقَ بجنس ما تجب فيه الزَّكاة**)[2]؛ اعتباراً لإيجاب العبد بإيجاب الله ﷻ، وهو الزكاة، وإيجابه ﷻ ينصرف إلى السائمة ومال التجارة دون غيره، كذا هذا.

لكونه وصفاً، فانقلب شرطاً فاسداً، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، كما في الهداية٩: ٥٠.

(١) لأنَّها كالهبة، وصورته: إذا تصدق على غنيين بشيء يحتمل القسمة لم يجز، أما إذا تصدق على فقيرين بذلك جاز، بخلاف الهبة، كما في الجوهرة١: ٣٣٢.

(٢) فهذا على الأموال التي فيها الزكاة من الذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم، ولا يدخل فيه ما لا زكاة فيه، فلا يلزم أن يتصدق بدور السكنى وثياب البدن والأثاث والعروض التي لا يقصد بها التجارة والعوامل وأرض الخراج؛ لأنَّه لا

ومَن نَذَرَ أن يتصدَّقَ بملكِهِ لزمه أن يتصدَّقَ بالجميع، ويقال له: أمسك منه مقدار ما تنفقه على نفسك وعلى عيالك إلى أن تكتسب مالاً، فإذا اكتسبت مالاً تصدَّقَ بمثل ما أمسكت

(**ومَن نَذَرَ أن يتصدَّقَ بملكِهِ لزمه أن يتصدَّقَ بالجميع**)[1]؛ لأنَّ اسمَ الملك شاملٌ الكلّ، (**ويقال له: أمسك منه مقدار ما تنفقه على نفسك وعلى عيالك إلى أن تكتسب مالاً، فإذا اكتسبت مالاً تصدَّقَ بمثل ما أمسكت**)؛ لأنَّه لو تصدق بالجميع دفعة واحدة لوقع في الضرر، فيمسك منه ثُمَّ يتصدَّق بمثله؛ لأنَّه أمسكه مع وجوب إخراجه.

* * *

زكاة فيها، ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه؛ لأنَّه مال الزكاة، ألا ترى أنَّه إذا انضم إليه غيره تجب فيه الزكاة، ويعتبر فيه الجنس لا القدر، كما في البدائع٥: ٨٨.

(١) لأنَّه أعم من لفظ المال؛ لأنَّ المال مقيد بإيجاب الشارع، ولا تخصيص في لفظ: الملك، فبقي على العموم، والصحيح أنَّهما سواء؛ لأنَّ الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة، كما في اللباب١: ٣٣١.

كتابُ الوقف

(لا يزول ملك الواقف[1] عن الوقف عند أبي حنيفة ﷺ إلاّ أن يحكم به

(١) الوقف لغةً: مصدر وقفه إذا حبسه.

وشرعاً: هو حبس العين على ملك الواقف والتصدّق بالمنفعة عند أبي حنيفة ﷺ، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله جَلَّالَهُ، كما في التبيين١: ٣٢٥، قال في التتمة: والمعول والفتوى على قولهما، حقائق، كما في الشلبي٣: ٣٢٥، وفي شرح الوقاية ٣: ٢٨٧: «وعليه الفتوى»، قال في التصحيح ص٢٨٨: «إنَّ الفتوى في جواز الوقف على قول أبي يوسف ومحمدﷺ، وقال في الحقائق: قال في التتمة والعيون: أنَّ الفتوى على قولهما، وقال في مختارات النوازل: والفتوى اليوم على إمضائه، وقال في الخلاصة: وأكثر أصحابنا أخذوا بقولهما، وقال في منية المفتي: الفتوى في الوقف على قول أبي يوسف ومحمد ﷺ»، يدلّ عليه قول النبي ﷺ لعمر بن الخطاب ﷺ حين أراد وقف أرض له: (تصدق بأصلها، لا يباع ولا يورث ولا يوهب) في صحيح البخاري٣: ١٠١٧، وصحيح مسلم٣: ١٢٢٥.

قال الطرابلسي ﷺ في الإسعاف في أحكام الأوقاف ص٣: «الوقف جائز عند علمائنا الثلاثة وأصحابهم، وذكر في الأصل: كان أبو حنيفة ﷺ لا يجيز الوقف، فأخذ بعض الناس بظاهر هذا اللفظ وقال: لا يجوز الوقف عنده، والصحيح أنَّه جائز عند الكل، وإنَّما الخلاف بينهم في اللزوم وعدمه، فعنده يجوز جواز الإعارة، فتصرف منفعته إلى جهة الوقف مع بقاء العين على حكم ملك الواقف، ولو رجع عنه حال حياته جاز مع الكراهة، ويورث عنه، ولا يلزم إلا بأحد أمرين: إما أن يحكم به القاضي، أو يخرجه مخرج الوصية، وعندهما: يلزم بدون ذلك، وهو الصحيح، وهو قول عامة العلماء».

الحاكمُ[1]**، أو يُعلِّقه بموتِهِ فيقول: إذا متُّ فقد وَقَفْتُ داري على كذا)**[2]؛ لأنَّ معنى الوقف عنده: هو حبس العين على ملكه على وجه لا يقبل النقل، والتصدّق

شروط الوقف:

أوّلاً: أن يكون الواقف بالغاً عاقلاً حراً، فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون والعبد.

ثانياً: أن يخرجَه الواقفُ من يده، ويجعل له قيِّماً ويُسلِّمه إليه عند أبي حنيفة ومحمّد ﷺ، وعند أبي يوسف ﷺ: هذا ليس بشرط.

ثالثاً: أن يكون الموقوف ممّا لا ينقل ولا يحول: كالعقار ونحوه، فلا يجوز وقف المنقول مقصوداً؛ لأنَّ التأبيد شرط جوازه، ووقف المنقول لا يتأبّد؛ لكونه على شرف الهلاك، فلا يجوز وقفه مقصوداً إلاّ إذا كان تبعاً للعقار.

رابعاً: أن يكون الموقوف مقسوماً عند محمّد ﷺ، فلا يجوز وقف المشاع، وعند أبي يوسف ﷺ هذا ليس بشرط، ويجوز مقسوماً كان أو مشاعاً؛ لأنَّ التسليمَ شرطُ الجواز عند محمّد ﷺ، والشيوعُ يخلّ بالقبض والتسليم، وعند أبي يوسف ﷺ: التسليم ليس بشرط أصلاً، فلا يكون الخلل فيه مانعاً، كما في بدائع الصنائع٦: ٢١٩-٢٢٠.

(١) أي: المولى؛ لأنَّه مجتهد فيه، وقيدنا: بالمولى؛ لأنَّ المحكم بتحكيم الخصمين لا يرفع الخلاف على الصحيح، كما في اللباب ١: ٣٣٢، وطريقُ المرافعة: أن يريدَ الواقفُ الرجوع بعدما سلَّمه إلى المتولِّي؛ محتجّاً بعدم اللزوم عند الإمام ﷺ، فيختصمان إلى القاضي فيقضي باللزوم على قولهما فيلزم؛ لأنَّه قضى في محل مجتهد فيه، كما في مجمع الأنهر١: ٧٣١.

(٢) أي: إذا علَّقه بموته، فالصحيحُ أنَّه وصيةٌ لازمة، لكن لم يخرج عن ملكه، فلا يتصوّر التصرّف فيه ببيع ونحوه بعد موته؛ لما يلزم من إبطال الوصية، وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا، وإنَّما يلزم بعد موته، كما في البحر٥: ٢٠٨.

إلا عند أبي يوسف ﷺ: يزول ملك الواقف بمجرد القول، وقال مُحمَّد ﷺ: لا يزول الملك حتى يُجْعَل للوقف وليّاً ويُسلِّمه إليه

بالغلّة المعدومة لا يصحّ إلا بطريق الوصية، فكذا ما كان في معناه، وإذا حكم به حاكم فقد صادق حكمه محلّ الاجتهاد فينفذ، وعندهما: معناه زوال العين عن ملكه إلى الله ﷻ.

(**إلا عند أبي يوسف ﷺ: يزول ملك الواقف بمجرد القول**)[1]، وبه قال الشَّافِعيّ ﷺ؛ لأنَّه قربةٌ يقصد به وجه الله ﷻ على سبيلِ التأبيد، فيصحُّ بمجرّدِ القول كالعتق.

(**وقال مُحمَّد ﷺ: لا يزول الملك حتى يُجْعَل للوقف وليّاً ويُسلِّمه إليه**)[2]؛ اعتباراً للقبض فيه كما في سائر الصدقات، وقيل: كان قول أبي يوسف وقول أبي

(١) أي: يلزم ويزول ملكه بمجرد قوله: وقفت داري هذه مثلاً، ولا يحتاج إلى القضاء ولا إلى التسليم، وبه يفتي مشايخ العراق؛ لأنَّه إسقاط للملك كالإعتاق، كما في مجمع الأنهر ١: ٧٣٣.

(٢) أي: لا يلزم ولا يزول ملكه ما لم يسلم الموقوف إلى وليٍّ؛ لأنَّ تمليكه إلى الله ﷻ قصداً غير متحقّق، فإنَّما يثبت في ضمن التسليم إلى العبد: كالصدقات، وبه يفتي مشايخ بخارى، وهو المعمول به في زماننا، كما مجمع الأنهر١: ٧٣٣.

قال في التحفة والاختيار: ثم عند محمد ﷺ لصحّة الوقف أربعة شرائط: التسليم إلى المتولي، وأن يكون مفرزاً، وأن لا يشترط لنفسه شيئاً من منافع الوقف، وأن يكون مؤبداً بأن يجعل آخره للفقراء، ثم إنَّ مشايخ بلخ اختاروا قول أبي يوسف ﷺ، ومشايخ بخارى اختاروا قول محمد ﷺ، قال في المحيط: ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف ﷺ؛ ترغيباً للناس، وقال صاحب التجنيس: ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف ﷺ، ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد ﷺ، وبه يفتى، ثم قال: وقول محمد ﷺ هو المختار

وإذا صح الوقفُ على اختلافهم خَرَجَ عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه، ووقف المشاع جائزٌ عند أبي يوسف ﷺ، وقال مُحمَّد ﷺ: لا يجوز

حنيفة ﷺ سواء،حتى قدم المدينة فرأى أوقاف الصحابة ﷺ ومَن بعدهم بالمدينة ونواحيها، فرجع وأَفتى بجواز الوقف ولزومه.

(**وإذا صح**[1] **الوقفُ على اختلافهم خَرَجَ عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه**)[2]؛ عملاً بحقيقة اللفظ، فإنَّ الوقف هو الحبس ـ على ما مَرَّ ـ.

(**ووقف المشاع جائزٌ عند أبي يوسف ﷺ**)[3]، وبه قال الشَّافِعيّ ﷺ.

(**وقال مُحمَّد ﷺ: لا يجوز**)[4]؛ بناءً على أنَّ القبضَ ليس بشرط فيه عند أبي

للفتوى، وقال في الخلاصة: ثم إنَّ أبا يوسف ﷺ في قوله الأول ضيّق غاية التضييق كما هو قول أبي حنيفة ﷺ، وفي قوله الآخر وسّع غاية التوسعة، ومحمد ﷺ توسط بينهما، ولهذا أخذ عامة المشايخ بقوله، كما في التصحيح ص٢٨٧.

(١) أي: ثبت على قول أبي حنيفة ﷺ بالحكم أو بالتعليق بالموت، وعلى قولهما بالوقف والتسليم، كما في الجوهرة١: ٣٣٤.

(٢) قوله: خرج عن ملك الواقف، يجب أن يكون قولهما، كما في الهداية١: ٢١٠، قال في العناية١: ٢١٠: «اختلف فيه المشايخ مِن حيث إنَّه يصح عندهما، ولا يصحّ عند أبي حنيفة ﷺ على ما هو الملفوظ في الأصل، والأصحُّ الصحةُ عند الكلِّ خرج من ملك الواقف ـ يعني على قول أبي يوسف ومحمّد ﷺ ـ ولم يدخل في ملك الموقوف عليه؛ لأنَّه لو دخل في ملكه جاز له إخراجُه من ملكه كسائر أَملاكه، ولمَّا انتقل إلى مَن بعده ممَّن شرطه الواقف، لكن ليس كذلك بالاتفاق».

(٣) أي: المشاع القابل للقسمة؛ لأنَّ القسمةَ من تمام القبض، والقبضُ عنده ليس بشرط، فكذا تتمّته، كما في اللباب١: ٣٣٣.

(٤) لأنَّ أصلَ القبض عنده شرطٌ فكذا ما يتمّ به، قيّدنا بالقابل للقسمة؛ لأنَّ ما لا

ولا يتمُّ الوقفُ عند أبي حنيفة ومُحمَّد ﵀ حتى يَجْعَلَ آخره لجهةٍ لا تنقطع أبداً، فإذا عَيَّنَ جهةً تنقطعُ صار مؤقتاً معنى فلا يجوز، وقال أبو يوسف ﵀: إذا سَمَّى فيه جهةً تَنْقَطِعُ جاز وصار بعدها للفقراء

يوسف ﵁[1].

وعند مُحمَّد ﵁: شرط، والشُّيوعُ مؤثِّرٌ فيه.

(**ولا يتمُّ الوقفُ عند أبي حنيفة ومُحمَّد ﵀ حتى يَجْعَلَ آخره لجهةٍ لا تنقطع أبداً**)[2]؛ لأنَّ شرطَ جوازه أن يكون مؤبَّداً، (**فإذا عَيَّنَ جهةً تنقطعُ صار مؤقتاً معنى فلا يجوز**)[3].

وقال أبو يوسف ﵀: إذا سَمَّى فيه جهةً تَنْقَطِعُ جاز وصار بعدها للفقراء

يحتمل القسمة يجوز مع الشيوع عند محمّد ﵁ أيضاً؛ لأنّه يعتبره بالهبة، قال في التصحيح: وأكثر المشايخ أخذوا بقول محمد ﵁، وفي الفتح عن المنية: الفتوى على قول أبي يوسف ﵁، وفيه عن المبسوط: وكان القاضي أبو عاصم ﵁ يقول: قول أبي يوسف ﵁ من حيث المعنى أقوى، إلا أنَّ قول محمد ﵁ أقرب إلى موافقة الآثار، كما في اللباب ١: ٣٣٣.

(١) أي: إن احتمل المشاع القسمة فهو محلّ الاختلاف، فيصحّ عند أبي يوسف ﵁ لا عند محمّد ﵁، ويفتى بقول أبي يوسف ﵁، كما في شرح الوقاية ٤: ٢٨٨.

(٢) مثل: المساكين ومصالح الحرم والمساجد، بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع، لا يصح؛ لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه، كما في فتح القدير ٦: ٢١٣.

(٣) لأنَّ المقصودَ من الوقف التأبيد كالعتق، وهذا كقوله: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على أولاد فلان ما تناسلوا، فإذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين؛ لأنَّ أثر المساكين لا ينقطع أبداً، وإذا لم يقل ذلك لم يصحّ، كما في الجوهرة ١: ٣٣٥.

وإن لم يسمهم، ويصحُّ وقف العقار، ولا يجوز وقف ما يُنقل ويُحوَّل، وقال أبو يوسف ﷺ: إذا وقف ضيعة ببقرها وأَكْرَتها وهم عبيده جاز، وقال مُحمَّد ﷺ: يجوز حبس الكُراع

وإن لم يسمهم)[1]؛ لأنَّ الصَّحابةَ ﷺ وقفوا ولم ينقل عن أحدٍ منهم أنَّه جعل آخره للفقراء، ولكن لَمَّا لم ينقل أنَّهم وقفوا على جهة تنقطع، سقط الاحتجاج به.

(**ويصحُّ وقف العقار، ولا يجوز وقف ما يُنقل ويُحوَّل**)؛ لأنَّه لا يبقى على الدوام، فكان توقيتاً معنى، وقد ذكرنا أنَّ شرطه التأبيد.

(**وقال أبو يوسف ﷺ: إذا وقف ضيعة ببقرها وأَكْرَتها**[2] **وهم عبيده جاز**)[3] بطريق التبعية.

(**وقال مُحمَّد ﷺ: يجوز حبس الكُراع**[4]

---

(١) وقيل: إنَّ التأبيدَ شرطٌ بالإجماع، إلاّ أنَّ عند أبي يوسف ﷺ لا يشترط ذكر التأبيد؛ لأنَّ لفظةَ الوقف والصدقة منبئة عنه...، ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله: وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم، وهذا هو الصحيح، وعند محمّد ﷺ ذكر التأبيد شرط؛ لأنَّ هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة، وذلك قد يكون مؤقَّتاً، وقد يكون مؤبَّداً، فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد، فلا بُدّ من التنصيص، كما في الهداية٦: ٢١٥.

(٢) من أكرت الأرض حرثها، واسم الفاعل أَكَّار، كما في المصباح ص١٧، وهو الفلاح: أي عمالها، كما في اللباب ١: ٣٣٤.

(٣) وكذا سائر آلات الحراثة؛ لأنَّه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود، وقد يثبت مِن الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً: كالشرب في البيع والبناء في الوقف، ومحمّد ﷺ معه فيه؛ لأنَّه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف عنده، فلأن يجوز الوقف فيه تبعاً أولى، كما في الهداية٦: ٢١٦.

(٤) الكُراع: ما دون الكعب من الدواب، وما دون الركبة من الإنسان، ثمّ سمّي به

والسِّلاح)[1]؛ لقوله ﷺ: «أمّا خالد فقد حبس أدرعاً له وأفراساً في سبيل الله ﷻ»[2]، واحتجّ الشَّافِعيّ رضي الله عنه في جواز الوقف في الكلِّ: أنَّه يجوز بيعُه والانتفاع به مع بقاء العين، فكذا الوقف، إلاّ أنَّ المقصودَ من البيع هو الملك، والتأبيدُ ليس بشرط فيه، ومن الوقف هو الحُبسُ على التأبيد؛ بدليل: أنَّه لو وقَّت لا يجوز، فافترقا من هذا الوجه.

ولا حجّة له في حديث خالد رضي الله عنه؛ لأنَّ معناه: أنَّه أعدَّها للاستعمال في سبيل الله ﷻ ولم يعدها للتجارة؛ ولهذا أضيفت إليه إضافة تمليك.

الخيل خاصة، كما في المغرب ص٤٠٧.

(١) ومعناه: وقفه في سبيل الله ﷻ، وأبو يوسف رضي الله عنه معه فيه على ما قالوا، وهو استحسان، والقياس: أن لا يجوز، وجه الاستحسان: الآثار المشهورة فيه...، ويدخل في حكمه الإبل؛ لأنَّ العرب يجاهدون عليها، وكذا السلاح يحمل عليها، وعن محمد رضي الله عنه: أنَّه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات: كالفأس والقُدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف، وعند أبي يوسف رضي الله عنه: لا يجوز؛ لأنَّ القياسَ إنَّما يترك بالنصّ، والنصُّ ورد في الكُراع والسلاح، فيقتصر عليه، ومحمّد رضي الله عنه يقول: القياس قد يترك بالتَّعامل كما في الاستصناع، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء، وعن نصير بن يحيى رضي الله عنه: أنَّه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصاحف، وهذا صحيح؛ لأنَّ كلَّ واحد يمسك للدِّين تعليماً وتعلماً وقراءة، وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد رضي الله عنه، وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه، كما في العناية٦: ٢١٦-٢١٧.

(٢) قال النبيّ ﷺ: (وأما خالد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله) في صحيح البخاري ٢: ٥٢٥ معلّقاً.

وإذا صَحّ الوقفُ لم يجز بيعه ولا تمليكُه إلاّ أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف ﷺ فيطلب الشريك القسمة فتصحّ مقاسمته، والواجبُ أن يبتدأ من ارتفاع

(**وإذا صَحّ الوقفُ لم يجز بيعه ولا تمليكُه**)[1]؛ لما ذكرنا أنَّ معناه الحبس والمنع من النقل، (**إلاّ أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف ﷺ فيطلب الشريك القسمة فتصحّ مقاسمته**)[2] خلافاً لهما؛ لأنَّ القسمةَ ليست ببيع حقيقة، وإنَّما هو إفرازٌ وتميّز.

(**والواجبُ أن يبتدأ من ارتفاع**[3]

---

(١) قال صاحب شرح الوقاية٣: ٢٨٩: «إنَّ بعض المتأخرين جوَّزوا بيع بعض الوقف إذا خرب؛ لعمارة الباقي، والأصحّ أنَّه لا يجوز، فإنَّ الوقف بعد الصحّة لا يقبل الملك، كالحرّ لا يقبل الرقبة».

(٢) لأنَّها تمييز وإفراز، غاية الأمر أنَّ الغالبَ في غير المكيل والموزون معنى المبادلة، إلا أنَّ في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز؛ نظراً للوقف، فلم تكن بيعاً وتمليكاً؛ ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه؛ لأنَّ الولاية للواقف وبعد الموت إلى وصيه، وإن وقف نصف عقار خالص له، فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل، ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه؛ لأنَّ الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِماً ومقاسَماً، ولو كان في القسمة فضل دراهم، إن أُعطيّ الواقف لا يجوز؛ لامتناع بيع الوقف، وإن أَعْطَى الواقف جاز، ويكون بقدر الدراهم شراء، كما في الهداية٦: ٢٢٠، وفي شرح الوقاية ٣: ٢٩٠: «القسمة في غير المثليات يغلب فيها جهة التمليك، لا جهة الإقرار، ومع هذا يجوز قسمة المشاع عند أبي يوسف ﷺ مع أنَّه لا يجوز التمليك في الوقف عنده، فيجعل جهة الإقرار غالبة في الأوقاف».

(٣) أي: غلاته التي تحصل منه، وهو من إطلاقات العموم، وحيث يسمون ما يحصل من الزرع ارتفاعاً، يريدون بذلك الحاصل بالرفاع، وهو رفع الزرع إلى البيدر بعد

الوقف بعمارته، شَرَطَ ذلك الواقف أو لم يَشرُطَ، وإذا وقفَ داراً على سكنى ولده فالعمارةُ على مَن له السكنى، فإن امتنعَ من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمَّرَها بأُجرتها، فإذا عُمِّرَت ردّها إلى مَن له السُّكنى، وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكمُ في عمارة الوقف إن احتاج

الوقف[1] **بعمارته، شَرَطَ ذلك الواقف أو لم يَشرُطَ)**؛ لأنَّ في ذلك إبقاء للوقف وإدامته.

(وإذا وقفَ داراً على سكنى ولده فالعمارةُ على مَن له السكنى)؛ ليكون الغرم على مَن له الغنم، **(فإن امتنعَ من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمَّرَها بأُجرتها، فإذا عُمِّرَت ردّها إلى مَن له السُّكنى)**[2]؛ لما ذكرنا أنَّ العمارةَ عليه، فإذا امتنع، أجّر الحاكمُ العينَ للنفقة، كما لو امتنع من الإنفاق على العبد والبهيمة.

(وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكمُ في عمارة الوقف إن احتاج

الحصاد، كما في الدر المنتقى ١: ٧٤١.

(١) أي: أنَّه يصرفُ الارتفاعُ إلى تعميرِ الموقوفِ إذا احتيجَ إليه؛ ليبقى ما كان على ما كان، ولا تجوزُ الزِّيادة عليه، وعليه فيمنعُ من الصَّرفِ إلى البياضِ والحمرةِ على الحيطانِ ونحو ذلك، إن لم يكن فَعَلَهُ الواقف، وإن فعله هو فلا منع، كما في البحر ٥: ٢٢٥.

(٢) أي: لو وقف داراً على سكنى شخص بعينه، فإنَّ العمارة عليه؛ لأنَّه هو المنتفع بها والغرم بالغنم، ولو أبى أو عجز عَمَّرَ الحاكمُ بأجرتها؛ لأنَّ فيه إبقاء الوقف على ما قصده الواقف، فإذا عمَّرَها ردّها إلى مَن له السكنى؛ رعاية لحقّه، ولا يجبر الممتنع على العمارة؛ لأنَّ فيه إتلاف ماله،... ولا تصح إجارة مَن له السكنى؛ لأنَّه غير ناظر ولا مالك، لكن الحاكم يؤجِّرها له أو لغيره فيعمِّرها بأجرتها قدر ما تبقى على الصفة التي وقفها الواقف، ولا يزيد على ذلك إلا برضا مَن له السكنى؛ لأنَّها بصفتها صارت مستحقّة له فترد إلى ما كانت، كما في التبيين ٣: ٣٢٧-٣٢٨.

إليه، وإن استغنى عنه أَمْسَكَه حتى يحتاج إلى عمارتِه فيصرفه فيها، ولا يجوز أن يقسمَه بين مستحقِّي الوقف، وإذا جعل الواقفُ غلّةَ الوقف لنفسه، أو جعل الولاية إليه، جاز عند أبي يوسف ﷺ

إليه، وإن استغنى عنه أَمْسَكَه حتى يحتاج إلى عمارتِه فيصرفه فيها[1].

ولا يجوز أن يقسمَه بين مستحقِّي الوقف)[2]؛ لأنَّ حقَّهم في الغلّة والمنافع لا في عين الوقف وأجزائه.

(**وإذا جعل الواقفُ غلّةَ الوقف لنفسه**[3]، **أو جعل الولاية إليه، جاز عند أبي يوسف ﷺ)**[4]؛ لأنَّه شَرَطَ في الوقف ما هو قربة، فإنَّ نفقةَ الرَّجل على نفسه صدقة

---

(١) لأنَّه لا بد من العمارة وإلا فلا يبقى، فلا يحصل صرف الغلة إلى المصرف على التأبيد، فيبطل غرض الواقف فيصرفه للحال إن احتاج إليه، وإلا يمسكه حتى يحتاج إليه كي لا يتعذر عليه أوان الحاجة، كما في التبيين٣: ٣٢٨.

(٢) أي: لا يقسم النقض بينهم؛ لأنَّهم ليس لهم حقّ في العين ولا في جزء منه، وإنَّما حقّهم في المنافع فلا يصرف إليهم غير حقّهم، وإن تعذر إعادة عينه بيع وصرف ثمنه إلى العمارة؛ لأنَّ البدلَ يقوم مقام المبدل فيصرف مصرف البدل، كما في التبيين٣: ٣٢٨.

(٣) أي: فهو جائز عند أبي يوسف ﷺ، ولا يجوز على قياس قول محمد ﷺ، وهو قول هلال الرازي ﷺ، قال الإمام قاضي خان ﷺ نقلاً عن الفقيه أبي جعفر ﷺ: وليس في هذا عن محمد ﷺ رواية ظاهرة، ثم قال: ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف ﷺ، وقالوا: يجوز الوقف والشرط جميعاً، وذكر الصدر الشهيد ﷺ: أنَّ الفتوى عليه؛ ترغيباً للناس في الوقف، ومثله في الفتاوى الصغرى نقلاً عن شيخ الإسلام، واعتمده النسفيّ وأبو الفضل الموصليّ ﷺ، كما في اللباب١: ٣٣٦.

(٤) قال في الهداية: هو قول هلال أيضاً، وهو ظاهر المذهب، واستدل له دون مقابله،

....

بالحديث[1]، و«النبيُّ ﷺ كان يأكل من وقفه وصدقته»[2]، ولا شكَّ أنَّ ذلك كان مشروطاً في الوقف؛ لأنَّه كان لا يأكل من غير شرط، وأمّا الولاية؛ فلما رُوي عن عمر رضي الله عنه: أنَّه وقف وقفاً ووليه بنفسه وشرط فيه، فقال: «ولا بأس لَمن وليه أن يأكلَ من غير متمول»[3].

وكذا لو لم يشترط الولاية لأحد، فالولاية له عند أبي يوسف رضي الله عنه، ثم لوصيه إن كان، وإلا فللحاكم، كما في فتاوى قارئ الهداية، تصحيح، كما في اللباب ١: ٣٣٦.

(١) فعن جابر رضي الله عنه، قال: أعتق رجل من بني عذرة عبداً له عن دبر، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «ألك مال غيره؟» فقال: لا، فقال: «من يشتريه مني؟» فاشتراه نعيم بن عبد الله العدوي بثمان مائة درهم، فجاء بها رسول الله ﷺ فدفعها إليه، ثم قال: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا» يقول: فبين يديك وعن يمينك وعن شمالك، في صحيح مسلم ٢: ٦٩٢، والسنن الكبرى للنسائي ٣: ٥٦، وصحيح ابن حبان ٧: ٣٠٤، وغيرها.

(٢) فعن طاوس رضي الله عنه: «ألم ترَ أنَّ حُجْراً المدري أخبرني أنَّ في صدقة النبيّ ﷺ يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر» في مصنّف ابن أبي شيبة٧: ٢٨٣.

(٣) فعن ابن عمر رضي الله عنه: أنَّ عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها» قال: فتصدق بها عمر رضي الله عنه، أنَّه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول» في صحيح البخاري ٣: ١٩٨، واللفظ له، وصحيح مسلم ٣: ١٢٥٥.

وقال مُحمَّد ﷺ: لا يجوز، وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزَه عن ملكه بطريقه ويأذن للنَّاس بالصَّلاة فيه، وإذا صلَّى فيه واحدٌ زال ملكه عند أبي حنيفة ومُحمَّد ﷺ

(**وقال مُحمَّد ﷺ: لا يجوز**)[1]؛ لأنَّه تعليقٌ لإزالة الملك عن الوقف بمضي المدّة، وشرط جواز الوقف عندهما التنجيز والتَّأبيد.

(**وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزَه**[2] **عن ملكه بطريقه ويأذن للنَّاس بالصَّلاة فيه، وإذا صلَّى فيه واحدٌ زال ملكه عند أبي حنيفة ومُحمَّد ﷺ**)[3]؛

---

(١) لأنَّ مِن أصل محمّد ﷺ: أنَّ مِن شرط الوقف القبض، فإذا شرطَ ذلك لنفسه لم يوجد القبض، فصار كمَن شَرَطَ بقعة من المسجد لنفسه، كما في الجوهرة١: ٣٢٧، ولأنَّ الوقفَ تبرّعٌ على وجه التمليك بطريق التقرب إلى الله ﷻ، فاشتراطُه الكلّ أو البعض لنفسه يبطله؛ لأنَّ التمليكَ من نفسه لا يتحقَّق، فصار كالصدقة المنفذة، فإنَّه لا يجوز أن يُسلِّم قدراً من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضُه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه، كما في العناية٦: ٣٢٥-٣٢٦.

(٢) أي: جعل له طريق وميّزه بجميع الوجوه عن ملكه، فلو كان العلو مسجداً والسفل حوانيت غير متعلقة بالمسجد أو بالعكس لا يزول ملكه؛ لتعلّق حقّ العبد به، كما في العمدة٢: ٤٠٨.

(٣) أما الإفراز؛ فلأنَّه لا يخلص لله ﷻ إلا به؛ لأنَّه ما دام حقّ العبد متعلّقاً به لم يتحرَّر لله ﷻ، وأما الصلاة فيه؛ فلأنَّه يشترط التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ﷺ، فإذا تعذَّر، يقام تحقُّق المقصود مقامه، أو يشترط فيه تسليم نوعه، وذلك في المسجد بالصلاة فيه، ولا يشترط فيه قضاء القاضي، ولا التعليق بالموت عند أبي حنيفة ﷺ؛ لحصول المقصود به، بخلاف الوقف؛ لأنَّ المقصودَ مِن الوقفِ أن يتصدَّقَ بالغَلّة، ويحبس الأصل،

وقال أبو يوسف ﷺ: يزول ملكُه عنه بقولـه: جعلتـه مـسجداً، ومَـن بنـى سـقاية للمسلمين، أو خاناً يسكنه بنو السبيل، أو رباطاً، أو جعلَ أَرضه مقبرةً لم يزل ملكه عن ذلك عند أبي حنيفة ﷺ حتى يحكم به الحاكم

اعتباراً للقبض فيه، فإنَّه صدقة، وقبض كلّ شيء على حسب ما يليق بـه، وشرطـه الإفراز والطريق؛ لأنَّ المقصودَ لا يحصل بدونهما.

(**وقال أبو يوسف ﷺ: يزول ملكُه عنه بقوله: جعلته مسجداً**)[1]؛ لأنَّ عنـده الوقف إزالة الملك وإسـقاطه إلى غـير مالكـه، فيـصحّ بمجـرد القـول، كـالطلاق والعتاق.

[وقال مُحمَّد ﷺ: لا يزول ملكه ما لم يصلِ فيه جماعة][2].

(**ومَن بنى سقاية[3] للمسلمين، أو خاناً[4] يسكنه بنو الـسبيل، أو رباطـاً[5]، أو جعلَ أَرضه مقبرةً لم يزل ملكه عن ذلك عند أبي حنيفة ﷺ حتى يحكم به الحاكم**[6]).

ولفظه ينبئ عـن ذلـك، والتـصدُّق بالمعـدوم لا يجـوز إلا في الوصـية، فيجـب تعليقُـه بالموت؛ ليكون وصية به، أو حكم الحاكم في موضع الاجتهاد، كما في التبيين٣: ٣٢٩.

(١) لأنَّ التسليمَ عنده ليس بشرط؛ لأنَّه إسـقاط لملـك العبـد، فيـصير خالـصاً لله ﷻ بسقوط حقّ العبد، كما في التبيين٣: ٣٣٠.

(٢) ما بين المعكوفين زيادة من جـ.

(٣) السقاية: الموضع الذي يتخذ لسقي الناس، كما في المصباح ص٢٨١.

(٤) الخان: وهو ما ينزل به المسافرون، كما في المصباح ص١٨٤.

(٥) الرِباط: الذي يبنى للفقراء، كما في المصباح ص٢١٥-٢١٦.

(٦) لأنَّه لم ينقطع عن حقّ العبد؛ ألا ترى أنَّ له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في

وقال أبو يوسف ﷺ: يزول ملكه عن ذلك بالقول، وقال مُحمَّد ﷺ: إذا سقى الناس من السقاية، وسكنوا الخان والرباط، ودفنوا في المقبرة زال الملك

وقال أبو يوسف ﷺ: يزول ملكه عن ذلك بالقول.

وقال مُحمَّد ﷺ: إذا سقى الناس من السقاية، وسكنوا الخان والرباط، ودفنوا في المقبرة زال الملك)؛ اعتباراً للقبض اللائق، وكل واحد منهم مرَّ على أصله في الوقف، وقد بينا ذلك كله.

***

الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة، فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت، كما في الوقف على الفقراء، بخلاف المسجد؛ لأنَّه لم يبق له حق الانتفاع به، فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم، كما في الهداية٦: ٢٣٨.

كتابُ الغصب

(ومَن غَصَبَ[1] شَيْئَاً ممّا له مثلٌ فهَلَكَ في يدِه فعليه ضمانُ مثلِه)[2]؛ لقوله جل جلاله: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

---

(١) الغصب لغةً: أخذ الشيء ظلماً وقهراً، كما في المغرب ص٢٤٠.
واصطلاحاً: هو أخذ مال أحد وضبطه بدون إذنه، كما في المجلة (مادة٨٨١)، أو هو إزالة اليد المحقّة بإثبات اليد المبطلة في مال متقوّم محترم قابل للنقل بغير إذن مالكه، حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب إذا هلكت بغير تعدٍّ؛ لعدم إزالة يد المالك، ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه، كما إذا غصب دابّةً فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه، وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن؛ لما ذكرنا، ولعدم إثبات اليد المبطلة، وكذا لا يضمن غير المتقوّم: كالخمر، أو غير المحترم: كمال الحربي في دار الحرب، ولا ما لا يقبل النقل: كالعقار، كما في التبيين٥: ٢٢٣.

(٢) وهذا في المكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تتفاوت، فإن كان موجوداً وجب عليه رده بعينه، وإن كان هالكاً وجب ردّ بدله؛ لأنَّ البدل يقوم مقام المبدل، فإن غصب مثلياً في حينه وأوانه وانقطع عن أيدي الناس ولم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون عند أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأنَّ المثلَ ثابتٌ في ذمّته بعد انقطاعه؛ بدلالة أنَّه لو لم يطالبه به حتى وجد المثل كان له أن يطالبه به، وإنَّما ينتقل من المثل إلى القيمة يوم الخصومة فوجب أن تعتبرَ قيمته يومئذٍ، وقال أبو يوسف رضي الله عنه: يوم الغصب؛ لأنَّه لما انقطع التحق بما لا مثل له، فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب؛ إذ هو الموجب أصله إذا غصب ما لا مثل له، وقال محمّد وزفر رضي الله عنهما: آخر ما انقطع عن أيدي الناس؛ لأنَّ المثلَ

(**وإن كان ممّا لا مثل له فعليه قيمته**)[1]؛ لأنَّ القيمةَ فيه أعدل؛ إذ التفاوت بين العبدين والدابّتين فاحش، بخلاف المكيل والموزون من جنس واحد، فإنَّ التفاوتَ فيه يسير.

(**وعلى الغاصب رَدُّ العين المغصوبة**)[2] إلى صاحبها إن كانت باقية بحالها؛

كان في ذمّته إلى أن ينقطع فلَمّا انقطع سقطت المطالبة بالمثل، وصار كأنَّه غصب في ذلك الوقت ما لا مثل له، كما في الجوهرة١: ٣٣٩.

(١) يعني: يوم الغصب، وذلك مثل العددي المتفاوت والثياب والعبيد والدواب وأشباه ذلك ممّا لا يكال ولا يوزن؛ لأنَّه لا مثل لها، وإنَّما يضمن المثل أو القيمة إذا لم يقدر على ردِّ المغصوب بعينه؛ لأنَّ حقّ المالك في عين ماله، فإذا قدر على ذلك لم يجز الرجوع إلى بدله إلا برضاه؛ ولأنَّ المقصودَ إزالة الظلامة، وذلك يكون برد العين ما دامت باقية، فإذا دفع بدلها مع القدرة عليها فهي ظلامة أخرى، ألا ترى أنَّه لا يجوز له في ملك غيره إلا باختياره، ثم إذا وجب عليه ردّ القيمة، فعليه ردّ القيمة يوم القبض، ولا ينظر إلى زيادة قيمة المغصوب بعد القبض في السعر ولا إلى نقصانها؛ لأنَّ القبضَ هو السبب الموجب للضمان، كما في الجوهرة١: ٣٣٩.

(٢) لأنَّ الحكمَ الأصلي للغصب: هو وجوب ردّ عين المغصوب؛ لأنَّ بالردّ يعود عين حقّه إليه، وبه يندفع الضرر عنه من كلّ وجه، والضمان خلفٌ عن ردّ العين، وإنَّما يُصار إلى الخلف عند العجز عن ردّ الأصل، وسواء عجز عن الردّ بفعله بأن استهلكه، أو بفعل غيره بأن استهلكه غيره، أو بآفة سماوية بأن هلك بنفسه؛ لأنَّ المحلَ إنَّما صار مضموناً بالغصب السابق؛ لأنَّ فعلَه ذلك لا بالهلاك؛ لأنَّ الهلاكَ ليس صنعه، لكن عند الهلاك يتقرَّر الضمان؛ لأنَّ عنده يتقرّر العجز عن ردّ العين فيتقرَّر الضمان، كما في البدائع٧: ١٥١.

فإن ادّعى هلاكها حبسَه الحاكمُ حتى يعلمَ أنَّها لو كانت باقيةً لأظهرها ثُمَّ قَضَى عليه ببدلها، والغصبُ فيما يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ، فإذا غَصَبَ عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ

لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[1].

(**فإن ادّعى هلاكها حبسَه الحاكمُ حتى يعلمَ أنَّها لو كانت باقيةً لأظهرها ثُمَّ قَضَى عليه ببدلها**)[2]؛ مبالغةً في الاحتيالِ إلى إيصالِ الحقِّ إلى المستحقّ.

(**والغصبُ فيما يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ**)[3]؛ لتصوّره فيه، (**فإذا غَصَبَ عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ**)[4]؛ لأنَّ العينَ بحالها إلاّ أنَّه منع

---

(١) فعن سمرة ﷺ، قال ﷺ: (على اليد ما أخذت حتى تؤدّي) في سنن الترمذي٣: ٥٦٦، وسنن أبي داود٢: ٣١٩، وعن عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده ﷺ، قال ﷺ: (لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لا لاعباً ولا جاداً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها) في المعجم الكبير٢٢: ٢٤١، وسنن أبي داود٢: ٧١٩، والآحاد والمثاني٥: ٣٢٥، وسنن البيهقي الكبير٦: ٩٣.

(٢) لأنَّ حقَّ المالك ثابتٌ في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلبَ على ظنّه أنَّه صادق فيما يقول، كما إذا ادعى المدين الإفلاس، وليس لحبسه حدٌّ مقدّرٌ بل هو موكولٌ إلى رأي القاضي، كحبس الغريم في الدين، كما في التبيين٥: ٢٢٤.

(٣) الغصبُ كائنٌ فيما ينقل ويحول لا في العقار، وهو كل ما له أصل: كالدار والضيعة، والنقل والتحويل واحد، وقيل: التحويل هو النقل من مكان والإثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان، والنقل يستعمل بدون الإثبات في مكان آخر، كما في العناية٩: ٣٢٣؛ ولأنَّ ضمانَ الغصب متعلّق بالنقل والتحويل، والدليلُ على ذلك: أنَّ مَن حال بين رجل وبين متاعه أو غَصَبَ مالكه ومنعه من حفظ ماله حتى تلف لم يضمنه، كذا في الينابيع، ولو حوّل المتاع ونقله فهلك ضمنه، كما في الجوهرة١: ٣٤٠.

(٤) وهلاكه إنَّما يكون بانهدام البناء بآفة سماوية، أو بذهاب ترابه، أو بغلبة السيل على

المالك من الانتفاع بها، وذلك لا يوجب الضمان، كما لو أبعده عن مواشيه حتى هلكت؛ ولأنَّه لو أزعج المالك عن الحانوت وقعد فيه لا تدخل الأمتعة في ضمانه، فكذا الحانوت.

(وقال مُحمَّد) والشَّافِعيّ ﷺ: **(يضمنه)**[1]؛ لأنَّه غاصبٌ شرعاً وعرفاً، فأمّا الشرع؛ فلقوله ﷺ: «مَن غَصَبَ شبراً من الأرض طوَّقه الله ﷻ يوم القيامة من سبع أرضين»[2]، وأمّا العرف؛ فإنَّه يسمى غاصباً، ولو أقرّ بغصب وفسَّره بالعقار

الأرض فيذهب بأشجاره وترابه، فإذا كان مثل هذا فلا ضمان عليه عندهما، كما في الجوهرة١: ٣٤٠؛ لأنَّ الغصبَ إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين، وهذا لا يتصوّر في العقار؛ لأنَّ يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها، وهو فعلٌ فيه لا في العقار، فصار كما إذا أبعد المالك عن المواشي، وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب، كما في الهداية٩: ٣٢٥.

(١) وهو قول أبي يوسف ﷺ أولاً؛ لأنَّ الغصبَ يتحقّق بوصفين: بإثبات اليد العادية، وإزالة اليد المحقّة، وذلك يمكن في العقار؛ لأنَّ إثباتَ اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن؛ لتعذّر اجتماعهما، فإذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقّة للمالك ضرورة، كما في البحر الرائق٨: ١٢٦، قال في التصحيح: والصحيح قولهما واعتمده النسفي والمحبوبي وصدر الشريعة والموصلي، اهـ. لكن في القُهُستانيّ: والصحيح الأول في غير الوقف والثاني في الوقف، كما في العمادي وغيره، وفي الدر: وبه يفتى في الوقف، ذكره العيني، كما في اللباب ١: ٣٤٠.

(٢) فعن سعيد بن زيد ﷺ، قال ﷺ: (مَن أخذ شبراً من الأرض بغير حقّه طوَّقه في سبع أرضين يوم القيامة) في صحيح مسلم٣: ١٢٣٠، وفي رواية البُخاري٢: ٨٦٦: (مَن ظلم من الأرض شيئاً طوَّقه من سبع أرضين).

وما نقص منه بفعلِهِ وبسكناه ضَمِنه في قولِهم جميعاً، وإذا هَلَكَ المغصوب في يدِ الغاصبِ بفعلِهِ أو بغيرِ فعلِهِ فعليه ضمانه، وإن نقصَ في يدِه، فعليه ضمانُ النُّقصان

قُبِل منه، إلاّ أنَّ الحديث حجّة لنا، فإنَّه ذكر المأثم ولم يذكر الضمان، والعرف دلَّ على التسمية، وبه نقول، وليس من ضرورته وجوب الضمان، كغصب الخمر.

(**وما نقص منه بفعلِهِ وبسكناه ضَمِنه في قولِهم جميعاً**)[1]؛ لوجود الإتلاف منه حقيقة.

(**وإذا هَلَكَ المغصوب في يدِ الغاصبِ بفعلِهِ أو بغيرِ فعلِهِ فعليه ضمانه**)[2]؛ لأنَّ الضمانَ وَجَبَ بالغصب، وإنَّما تقرَّر بالهلاك.

(**وإن نقصَ في يدِه، فعليه ضمانُ النُّقصان**)[3]؛ لأنَّ ضمانَ الغصب ضمانُ القبض، والأتباع يمكن إفرادُها بالقبض، فجاز إفرادُها بالضمان.

---

(١) لأنَّه إتلافٌ، والعقارُ يضمن به كما إذا نقل ترابه؛ لأنَّه فعلٌ في العين، ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله، كما في الهداية ٩: ٣٢٥.

(٢) أي: في المنقول؛ لأنَّه المرادَ لما سبق أنَّ الغصبَ فيما ينقل؛ وهذا لأنَّ العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب، وعند العجز عن ردّه يجب القيمة، كما في الهداية٩: ٣٢٧، فإن كان الهلاكُ بفعل غيره رجع عليه بما ضمن؛ لأنَّه قرر عليه ضماناً كان يمكنه أن يتخلص منه بردّ العين، كما في الجوهرة١: ٣٤٠.

(٣) يعني: النقصان من حيث فوات الجزء لا من حيث السعر، ومراده غير الربوي، أمّا في الربوي لا يمكن ضمان النقصان مع استرداد الأصل؛ لأنَّه يؤدّي إلى الربا، وإذا وَجَب ضمان النقصان قُوِّمت العينُ صحيحة يوم غصبها، ثم تقوَّم ناقصة فيغرم ما بينهما، كما في الجوهرة١: ٣٤٠.

ومَن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار: إن شاءَ ضمَّنه قيمتها وسلَّمها إليه، وإن شاء ضمَّنه نقصانها، ومَن خَرَقَ ثوب غيره خرقاً يسيراً ضَمِنَ نقصانه، وإن خرقَه خرقاً كبيراً

(**ومَن ذبح شاة**[1] **غيره فمالكها بالخيار: إن شاءَ ضمَّنه قيمتها وسلَّمها إليه، وإن شاء ضمَّنه نقصانها**)[2]؛ لأنَّه جنى عليها بالنقص، والتخيير بالتضمين لا يؤدِّي إلى الرِّبا، فيثبت، والذَّبح يشبه الإتلاف، فجاز أن يتعلّقَ به بجميع القيمة إذا اختار.

(**ومَن خَرَقَ ثوب غيره خرقاً يسيراً ضَمِنَ نقصانه**)؛ لأنَّه نقصَه مع بقاء عظيم منافعه، وليس فيه ربا، فصار كما لو أتلف بعضه، (**وإن خرقَه خرقاً كبيراً**

---

(١) وإنَّما خصّه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبَه يجب أن يستحقّ أجر المثل لجزارته على المالك؛ لأنَّه حقّق مقصودَه فيه، فكان ذلك زيادة فيه لا نقصاناً، حيث أعد للجزر غير مطلوب منه للدر والنسل؛ وذلك لأنَّ نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان، فكان للمالك الخيار؛ لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الإسمان، والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له في ذلك، وروى الحسن عن أبي حنيفة ﷺ: أن لا يضمنه شيئاً: يعني في ذبح الشاة، كما في العناية٩: ٣٤٠.

(٢) هذا هو ظاهر الرواية؛ لأنَّه إتلافٌ من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحَمل والدر والنسل، وبقاء بعضها وهو اللحم، فصار كالخرق الفاحش في الثوب، ولو كانت الدابّةُ غيرَ مأكولة اللحم فقطع الغاصبُ طرفَها، للمالك أن يضمنه جميع قيمتها؛ لوجود الاستهلاك من كل وجه، بخلاف قطع طرف العبد المملوك، حيث يأخذه مع أرش المقطوع؛ لأنَّ الآدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف، كما في الهداية٩: ٣٤٩-٣٤١.

يُبطل عامّة منفعته فللمالك أن يضمنه جميع قيمته، وإذا تغيَّرت العينُ المغصوبةُ بفعلِ الغاصبِ حتى زال اسمها وعظيم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها

يُبطل عامّة منفعته[1] **فللمالك أن يضمنه جميع قيمته)**[2]؛ لأنَّه استهلك جميعه معنى، كالعبد إذ فقئت عيناه.

(وإذا تغيَّرت العينُ المغصوبةُ بفعلِ الغاصبِ[3] **حتى زال اسمها**[4] **وعظيم منافعها**[5] **زال ملك المغصوب منه عنها**

---

(1) والصحيحُ: أنَّ الفاحشَ: ما يفوّت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة، واليسيرُ: ما لا يفوّت به شيء من المنفعة، وإنَّما يدخل فيه النقصان؛ لأنَّ محمّداً ﷺ جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً، والفائت به بعض المنافع، كما في الهداية٩: ٢٤٢، وقال بعضُهم: ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش، وما أَوجب دونه فهو يسير، وقال بعضُهم: ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش، وما أوجب دونه فهو يسير، كما في العناية٩: ٣٤١.

(2) لأنَّه استهلاك له، وإذا ضَمِن قيمته ملكه؛ لأنَّ صاحبَه لَمَّا ملك القيمة ملك الغاصب بدلها، حتى لا يجتمع في ملك المغصوب منه البدلان، وإن شاء صاحبُ الثوب ضمّنه النقصان؛ لأنَّه لم يستهلكه استهلاكاً تامّاً ولا اتصل بزيادة، والمماثلة فيه غير معتبرة، فلهذا جاز أن يضمِّنه النقصان ويأخذه، كما في الجوهرة١: ٣٤٢.

(3) احتراز عمّا إذا تغيّر بغير فعله، مثل أن صار العنب زبيباً بنفسه أو خلاً أو الرطب تمراً، فإنَّ المالك فيه بالخيار: إن شاء أخذه، وإن شاء تركه وضمنه، كما في العناية٩: ٣٣٢.

(4) احتراز عمّا إذا غصب شاة فذبحها، فإنَّه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها؛ لأنَّه لم يزل اسمها يقال: شاة مذبوحة وشاة حيّة، كما في العناية٩: ٣٣٢.

(5) يتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها، فإنَّ المقاصدَ المتعلّقة بعين الحنطة كجعلها

وملكها الغاصبُ وضمنها، ولم يحلّ له الانتفاع بها حتى يؤدّي بدلها، وهذا كمَن غَصَبَ شاةً فذبحها وشواها وطبخها، أو حنطة فطحنها، أو حديداً فاتخذه سيفاً، أو صفراً فعمله آنية

وملكها الغاصبُ وضمنها[1]، ولم يحلّ له الانتفاع بها حتى يؤدّي بدلها[2]، وهذا كمَن غَصَبَ شاةً فذبحها وشواها وطبخها، أو حنطة فطحنها، أو حديداً فاتخذه سيفاً، أو صفراً فعمله آنية).

والأصلُ الذي بنىٰ عليه أبو حنيفة ﷺ أكثر هذه المسائل: حديث شاة الأنصاري الذي قدّمها للنبيّ ﷺ: «فجعل يلوكها ولا يسيغها، فسأل عنها، فأخبر أنّها شاة جار لنا ذبحناها، وسنرضيه بخير منها، فقال: أطعموها الأسارىٰ، ولم

هريسة وكشكاً ونشاء وبذراً وغيرها يزول بالطحن، والظاهرُ أنَّه تأكيد؛ لأنَّ قولَه زال اسمها يتناوله، فإنَّها إذا طحنت صارت تسمّىٰ دقيقاً لا حنطة، كما في العناية٩: ٣٣٢.

(١) قال نجم الدين النسفي: الصحيح عند المحققين من أصحابنا: أنَّ الغاصب لا يملك المغصوب إلا عند أداء الضمان أو القضاء بالضمان أو بتراضي الخصمين علىٰ الضمان، فإذا وجد شيء من هذه الثلاثة ثبت الملك، وإلا فلا، وبعد وجود شيء من هذه الثلاثة إذا ثبت الملك لا يحلّ للغاصب تناوله إلا أن يجعله صاحبه في حلّ، كما في الجوهرة١: ٣٤١.

(٢) هذا استحسان؛ لأنَّ في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب، فيحرم قبل الإرضاء؛ حسماً لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة؛ لقيام الملك كما في الملك الفاسد، والقياس أن يكون له ذلك، وهو قول الحسن وزفر، وهكذا عن أبي حنيفة ﷺرواه الفقيه أبو الليث؛ لأنَّ ثبوت الملك المطلق للتصرف؛ ألا ترىٰ أنَّه لو وهبه أو باعه جاز، كما في الهداية٩: ٣٣٦.

يأكلها»[1]، فلولا أنَّ المُلكَ ثابت لما أمر بالتصدّق، ولو حَلّ الانتفاع بها لأكلها، بخلاف ما لو ذبح ولم يشو؛ لأنَّ الاسم باق.

ولا حجّة للشافعيّ ﷺ في قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تردّه»[2]؛ لأنَّ المأخوذَ لم يبق؛ إذ الحنطة غير الدقيق، والشاة غير الشواء.

(وإن غصبَ فضّةً أو ذهباً فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة ﷺ)[3]؛ لأنَّ الاسمَ لم يزل، وأكثرُ الأحكام المتعلّقة بالذهب باقية.

---

(1) فعن عاصم بن كليب، عن أبيه، عن رجل من الأنصار، قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في جنازة... فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده، ثم وضع القوم، فأكلوا، فنظر آباؤنا رسول الله ﷺ يلوك لقمة في فمه، ثم قال: «أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها»، فأرسلت المرأة، قالت: يا رسول الله، إني أرسلت إلى البقيع يشتري لي شاة، فلم أجد، فأرسلت إلى جار لي قد اشترى شاة، أن أرسل إلي بها بثمنها، فلم يوجد، فأرسلت إلى امرأته فأرسلت إليَّ بها، فقال رسول الله ﷺ: «أطعميه الأسارى» في سنن أبي داود ٣: ٢٤٤، ومسند أحمد ٣٧: ١٨٥، والسنن الكبرى للبيهقي ٥: ٥٤٧، وغيرها.

(2) سبق تخريجه.

(3) لأنَّ العين باقية من كلّ وجه، ألا ترى أنَّ الاسم باق، والأحكام الأربعة المتعلّقة بالذهب والفضة: وهي الثمنية، وكونه موزوناً، وجريان الربا، ووجوب الزكاة كذلك، وإذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك، كما في العناية٩: ٣٣٧.

وقالا: يأخذ المغصوب منه مثل فضّته وذهبه تبراً، ولا سبيل له على ما صنع، ومَن غَصَبَ ساجةً فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتَها عند أبي حنيفة ﷺ، ومَن غَصَبَ أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها قيل للغاصب: اقلع البناء

(**وقالا: يأخذ المغصوب منه مثل فضّته وذهبه تبراً، ولا سبيل له على ما صنع**)[1]؛ اعتباراً بالصُّفْر.

(**ومَن غَصَبَ ساجةً**[2] **فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتَها عند أبي حنيفة ﷺ**)[3]؛ لأنّها صارت تبعاً ووصفاً للبناء، فصارت شيئاً آخر، وفي القلع ضررٌ ظاهر، ولا ضررَ في الإسلام، ولا معارضة لزُفَر والشَّافِعيّ ﷺ بضرر المالك، فإنَّ ذلك ينجبر بالضمان، ولا حجّة في قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تردّه»؛ لأنَّ الحديثَ يتناول ملك الغير، ولا نُسلِّم أنّه بَقِيَ ملك الغير.

(**ومَن غَصَبَ أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها قيل للغاصب: اقلع البناء**

(١) لأنّه أحدث صنعة معتبرة متقوّمة صيّر إحداثها حقّ المالك هالكاً من وجه، ألا ترى أنّه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبراً، وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعدما ضربه صلح لذلك، وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسماً؛ لأنّه قبل الضرب كان يسمّى تبراً وفضة وذهباً وبعده دراهم ودنانير، ومثل ذلك يقطع حقّ المالك، كما في العناية٩: ٣٣٧.

(٢) ساجة: ضرب من الشجر، كما في طلبة الطلبة ص٩٧، والساج شجر يعظم جداً، قالوا: ولا ينبت إلا ببلاد الهند، كما في المغرب ص٢٣٧.

(٣) لأنَّ فيما ذهب إليه إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة، كما في العناية٩: ٣٣٨.

والغرس ورُدَّها فارغةً، وإن كانت الأرضُ تنقص بقلع ذلك، فللمالك أن يَضْمَنَ له قيمةَ البناء والغرس مقلوعاً، ويكون له البناء والغرس، ومَن غَصَبَ ثوباً فصبغه أحمر، أو سويقاً فلته بسمن فصاحبُه بالخيار: إن شاء ضمَّنه قيمةَ ثوب أَبيض ومثل السَّويق وسَلَّمها للغاصب، وإن شاء أخذهما وضَمِنَ ما زاد الصبغ والسمن فيهما

والغرس ورُدَّها فارغةً)[1]؛ لقوله ﷺ: «ليس لعِرْق ظالم حق»[2]، **(وإن كانت الأرضُ تنقص بقلع ذلك، فللمالك أن يَضْمَنَ له قيمةَ البناء والغرس مقلوعاً، ويكون له البناء والغرس)**[3]؛ إيفاءً لكلِّ واحد منهما حقّه، ورعاية للجانبين.

(ومَن غَصَبَ ثوباً فصبغه أحمر[4]**، أو سويقاً فلته بسمن فصاحبُه بالخيار: إن شاء ضمَّنه قيمةَ ثوب أَبيض ومثل السَّويق وسَلَّمها للغاصب)**؛ لأنَّه فوت عليه الثوب من وجه أنَّه لا يصلح بعد الصبغ لما كان يصلح قبله، **(وإن شاء أخذهما وضَمِنَ ما زاد الصبغ والسمن فيهما)**[5]؛ لأنَّ اسمَ الثوب لم يزل، ومنافعه لم تبطل،

---

(١) لأنَّ ملكَ صاحبَ الأرض باق، فإنَّ الأرضَ لم تصر مستهلكة، والغصبُ لا يَتَحقَّقُ فيها، فيؤمر الغاصبُ بتفريغها كما إذا أشغل ظرف غيره بطعامه، كما في الجوهرة١: ٣٤٢.

(٢) فعن الزبير رضي الله عنه، قال ﷺ: (مَن أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعِرْق ظالم حقّ) في الموطأ٢: ٧٤٣، صحيح البُخاري٢: ٨٢٣، وسنن الترمذي٣: ٦٦٢، وحسَّنه، وقال مالك رضي الله عنه: «والعرق الظالم كلّ ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حقّ».

(٣) لأنَّ فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما، ويضمن قيمته مقلوعاً؛ لأنَّها الحالة التي يجب فيها ردّها، فتقوّم الأرض بدون الشجر والبناء، وتقوّم وهما بها، ولكن لصاحبها أن يأمرَ بقلعه فيضمن فضل ما بينهما، كما في اللباب١: ٣٤٢.

(٤) أو غيره ممّا تزيد به قيمة الثوب، فلا عبرة للألوان، كما في اللباب ١: ٣٤٣.

(٥) لأنَّ فيه رعاية الحقّين من الجانبين، والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب

ومَن غَصَبَ عيناً فغيّبها، فضمّنه المالكُ قيمتَها ملكَها الغاصب، والقولُ في القيمةِ قولُ الغاصب مع يمينه، إلاّ أن يقيمَ المالكُ البيِّنةَ بأكثر من ذلك، فإن ظَهَرَت العينُ وقيمتُها أَكثر ممَّا ضَمِن، وقد ضَمِنها بقولِ المالكِ أو ببيّنةٍ أَقامها أو

فكان له الأخذ، إلاّ أنَّ الصبغَ والسمنَ عين مال قائم للغاصب، فيأخذ بالقيمة؛ ترجيحاً لجانبه في الأخذ بالأصالة، وإيفاء لحقِّ الغاصب بالقيمة.

(**ومَن غَصَبَ عيناً فغيّبها**[1]**، فضمّنه المالكُ قيمتَها ملكَها الغاصب**)[2]؛ لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملكِ شخص واحد، فإن ضمانَ الغاصب ضمانُ تمليك عندنا.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: هو ضمان حيلولة لا تملك به العين، كما في المدبَّر وأمّ الولد، والفرق: أنَّ ثمة لا يقبل النقل، وهذا بخلافه.

(**والقولُ في القيمةِ قولُ الغاصب مع يمينه**)[3]؛ لأنَّه منكرٌ للزّيادة (**إلاّ أن يقيمَ المالكُ البيِّنةَ بأكثر من ذلك**)؛ لأنَّ الثابتَ بالشهادة كالثابت بالمشاهدة، (**فإن ظَهَرَت العينُ وقيمتُها أَكثر ممَّا ضَمِن، وقد ضَمِنها بقولِ المالكِ أو ببيّنةٍ أَقامها أو**

الأصل؛ لأنَّ ماله متبوع، ومال الغاصب تبع، كما في الجوهرة١: ٣٤٣.

(١) فالمالك بالخيار: إن شاء صبر إلى أن توجد، وإن شاء ضمّنه قيمتها، فإن اختارَ تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها، كما في العناية٩: ٣٤٥.

(٢) لأنَّ كلَّ مَن ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته، ودخل في ملك صاحب البدل؛ دفعاً للضرر عن مالك البدل، لكن بشرط أن يكون المبدل قابلاً للنقل من ملك إلى ملك، بخلاف المدبّر، كما في العناية٩: ٣٤٥.

(٣) لأنَّ المالك يدعي زيادة، وهو ينكر، فالقول قول المنكر مع يمينه، كما في الجوهرة١: ٣٤٣.

بنكولِ الغاصبِ عن اليمين فلا خيار للمالك، وإن كان ضمنها بقول الغاصب مع يمينه فالمالك بالخيار: إن شاء أَمضى الضَّمان، وإن شاء أَخذ العين وردَّ العوض، وولد المغصوبة، ونماؤها، وثمرة البستان المغصوب، أمانةٌ في يدِ الغاصب، إن هَلَكَ فلا ضمان عليه إلاّ أن يتعدَّى فيها أو يطلبَها مالكها فيمنعه إيّاها

بنكولِ الغاصبِ عن اليمين فلا خيار للمالك)؛ لأنَّه رضي بذلك.

(**وإن كان ضمنها بقول الغاصب مع يمينه فالمالك بالخيار: إن شاء أَمضى الضَّمان، وإن شاء أَخذ العين وردَّ العوض**)[1]؛ استدراكاً لحقّه؛ لأنَّه لم يرض بذلك.

(**وولد المغصوبة، ونماؤها، وثمرة البستان المغصوب، أمانةٌ في يدِ الغاصب، إن هَلَكَ فلا ضمان عليه**)[2]؛ لأنَّه حصل في يدِه من غيرِ فعلِه، فصار كثوبٍ ألقته الرِّيح في دارِه، وهلك بغير فعله، (**إلاّ أن يتعدَّى فيها أو يطلبَها مالكها فيمنعه إيّاها**)؛ لأنَّه بالمنع والتعدّي صار غاصباً.

واستدلال الشَّافِعيّ ﷺ بولد صيد الحرم لا يصحّ؛ لأنَّ الولدَ ثمة استحقّ الأمن بتبعيّة الأم؛ لأنَّه بمنزلة الحريّة، والولد يتبع الأمّ في الحريّة، وبإثبات اليد فوَّت الأمن، أمّا وجوب الضمان يعتمد التعدّي من الضمان، ولم يوجد، فافترقا.

---

(١) لأنَّه لم يتمّ رضاه بهذا المقدار حيث يدّعي الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجّة، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية، وهو الأصحّ، خلافاً لما قاله الكرخيّ ﷺ: أنَّه لا خيار له؛ لأنَّه لم يتمّ رضاه حيث لم يعط له ما يدّعيه، والخيار لفوات الرضا، كما في الهداية٩: ٣٤٧.

(٢) لأنَّ الغصبَ إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب، كما في الهداية٩: ٣٤٩.

وما نقصت الجارية بالولادة فهو من ضمان الغاصب، فإن كان في قيمة الولد وفاء به ينجبر النُّقصان بالولد وسَقَطَ ضمانُه في الغاصب، ولا يَضْمَنُ الغاصبُ منافعَ ما غَصَبَه إلاّ أن ينقصَ باستعماله، فيغرم

(**وما نقصت الجارية بالولادة**) في يد الغاصب (**فهو من ضمان الغاصب**)[1]؛ لأنَّه حصل في ضمانه، فصار كذهاب عضو منها، (**فإن كان في قيمة الولد وفاء به ينجبر النُّقصان بالولد وسَقَطَ ضمانُه في الغاصب**)[2]؛ لأنَّ سببَ الزيادة والنقصان واحد، وهو الولادة، فلا يُعَدُّ نقصاناً، كما لو قطعت يدها، وأخذ الغاصب أرشها وردَّها مع الإرش.

وقال زُفَر والشَّافِعيّ ﷺ: الولدُ ملكه، فلا ينجبر به، كما لا ينجبر بسائر الأملاك، إلاّ أنَّ سائرَ أملاكه ليس سببها الولادة، وهذا بخلافه.

(**ولا يَضْمَنُ الغاصبُ منافعَ**[3] **ما غَصَبَه**[4] **إلاّ أن ينقصَ باستعماله، فيغرم**

---

(١) وصورته: إذا حبلت عند الغاصب أو زنت بعبد الغاصب، أمّا إذا كان الحبل من الزوج أو المولى فلا ضمان عليه، كما في الجوهرة١: ٣٤٤.

(٢) ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب، فهو في ضمان الغاصب، فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد، فعليه ردّ الجارية وردّ نقصان الولادة بالذي ثبت فيها بسبب الولادة؛ لأنَّ الجاريةَ بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها، وقد فات جزءٌ مضمون منها، فتكون مضمونة عليه كما لو فات كلها، كما في العناية٩: ٣٥١.

(٣) صورته: إذا غصب عبداً خبازاً فأمسكه شهراً ولم يستعمله، ثم ردّه إلى المالك، لا يجب عليه ضمان منافع الشهر، وصورة إتلاف المنافع أن يستعمل العبد أياماً ثم يردّه على مولاه فلا يضمن، قال الخجندي: ولا أجرة على الغاصب في استخدامه عبد الغصب، ولا في سكنى دار غصبها، وفي الكرخيُّ ﷺ: إذا آجر الغاصب العبد المغصوب فالأجرة للغاصب ويتصدّق بها، كما في الجوهرة١: ٣٤٥.

(٤) لأنّها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه، إذ هي لم تكن حادثة في يد

النقصان، وإذا استهلك المسلمُ خمرَ الذميِّ وخنزيرِه ضَمِن قيمتَها، وإن استهلكهما المسلم على المسلم لم يضمن

النقصان)؛ لأنَّ عمر وعلياً رضي الله عنهما لم يقضيا بالأجرة في المغرور، ولم يعرف لهما مخالف؛ ولأنَّها ملكه لحصولها بفعلِهِ وكسبه، وقياسُ الشَّافِعيّ رضي الله عنه في إيجاب الضمان على منفعة البضع لا يصحّ؛ لأنَّ منافع البضع أُلحقت بالأعيان؛ تعظيماً لخطره، وتفخيماً لشأنه.

(وإذا استهلك المسلمُ خمرَ الذميِّ وخنزيره ضَمِن قيمتَها)[1]؛ لأنَّهم يتمولونها، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون؛ ولهذا أقرّوا على بيعها، وقال عمر رضي الله عنه: «وَلوهمّ ببيعها وخذوا العشر من أثمانها»[2] سمّاه بيعاً، فكان البيعُ مالاً، وإنَّما لم يضمن مثل الخمر؛ لأنَّ المسلمَ ممنوعٌ من التصرُّف فيها.

(وإن استهلكهما المسلم على المسلم لم يضمن)[3]؛ لأنَّهما ليسا بمال في حقِّه، فإنَّه مأمور بإتلافهما، ممنوع من تملّكهما. والشَّافِعيّ رضي الله عنه: سَوَّىٰ بينهما في عدم الضمان، والفرق واضح.

المالك؛ لأنَّها أعراض لا تبقى، فيملكها دفعاً لحاجته، والإنسانُ لا يضمن ملكه، كيف وأنَّه لا يتحقق غصبها وإتلافها؛ لأنَّه لا بقاء لها؛ ولأنَّها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان، كما في العناية٩: ٣٥٥-٣٥٦.

(١) لأنَّ الخمرَ لهم كالخل لنا، والخنزير في حقّهم كالشاة لنا، ونحن أمرنا أن نتركَهم وما يتدينون، والسيف موضوع، فتعذر الإلزام، إلا أنَّه يجب قيمة الخمر وإن كان مثلياً؛ لأنَّ المسلمَ ممنوعٌ من تمليكه وتملّكه، بخلاف ما إذا أتلفه ذميّ لذميّ، فإنَّه يجب مثله؛ لأنَّ الذميّ غيرُ ممنوع من تمليكه وتملكه، كما في الجوهرة١: ٣٤٥.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أي: سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً؛ لعدم تقومهما في حق المسلم، والعبرة لجانب المتلف عليه دون المتلف، كما في مجمع الأنهر٢: ٤٦٧.

كتابُ الوديعة

(الوديعة[1] أَمانةٌ في يدِ المودَع إذا هلكت في يده لم يضمنها)[2]؛ لقوله ﷺ: «ليس على المستودَع غير المغل ضمان»[3].

---

(١) الوديعة مشتقة من الودع، وهو مطلق الترك.
وشرعاً: هي تسليط الغير على حفظ ماله.
وركنها: قول المودِع: أودعتك هذا المال، أو ما يقوم مقامه من الأقوال والأفعال، والقَبول من المودَع بالقول والفعل، أو بالفعل فقط.
وحكمها: وجوب الحفظ على المستودَع، ووجوب الأداء عند الطلب، وصيرورة المال أمانة في يده، كما في التبيين٥: ٧٦.

(٢) لأنَّ المودَع متبرّع في الحفظ وما على المحسنين من سبيل؛ ولأنَّ يده يد المالك فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان؛ ولأنَّ للناس حاجة إلى الإيداع فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبول الودائع فكانوا يحرجون بذلك، وهلاكها لا يختلف بين أن يكون بشيء يمكن التحرز عنه أو لا، وبين إن هلك للأمين مال غيرها معها أو لم يهلك، كما في التبيين٥: ٧٦.

(٣) قال شريح رضي الله عنه: «ليس على المستودَع غير المغل ضمان» في معرفة السنن١٠: ٤٩١، وسنن البيهقي الكبير ٦: ٩١، وعن الزهري رضي الله عنه قال: «ليس على المستودَع والمستعير ضمان إلا أن يتهم» في مصنف ابن أبي شيبة٤: ٣٩٩، وعن القاسم بن عبد الرحمن رضي الله عنه: «إنَّ علياً وابن مسعود رضي الله عنهما قالا: ليس على مؤتمن ضمان» في سنن البيهقي الكبير٦: ٢٨٩.

وللمودَع أَنْ يَحْفَظَها بنفسِهِ وبمَن في عياله فإن حفظَها بغيرهم أو أودعَها ضَمِن إلاّ أن يقع في داره حريقٌ فسلَّمها إلى جاره أو يكون في سفينه يخاف الغرق فيليقها إلى

(**وللمودَع أَنْ يَحْفَظَها بنفسِهِ وبمَن في عياله**)[1]؛ لأنَّه لا يجد بُدّاً من ذلك، فإنَّ الرَّجل لا يتربّص في البيت آناء الليل والنهار، فإذا خرج كان ما في يده في يد مَن في داره، فكان الإذن ثابتاً دلالة.

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: يضمن إلاّ إن استحفظهم استعانة من غير أن يغيبعن عينه؛ لأنَّه إيداع للوديعة، وفي ذلك من الحرج والمشقّة وقطع سبيل المعروف ما لا خفاء فيه، ولا نُسلِّم أنَّه إيداع؛ لأنَّ يدَه ويدَ عياله متحدة حكماً، ولئن كان إيداعاً، لكنَّه مأذونٌ فيه دلالة.

(**فإن حفظَها بغيرهم أو أودعَها ضَمِن**)[2]؛ لعدم رضاء المالك به، (**إلاّ أن يقع في داره حريقٌ فسلَّمها إلى جاره، أو يكون في سفينه يخاف الغرق فيليقها إلى**

---

(١) العيال: أهل البيت، ومن يمونه الإنسان الواحد، والمراد بالعيال هاهنا: زوجة المودَع وولده ووالداه وأجيره؛ لأنَّ الواجب عليه أن يحفظها حفظ مال نفسه، وهو يحفظ بعياله؛ ولأنَّ المودَع لا يمكنه ملازمة بيته لحفظ الوديعة، ولا استصحابها في خروجه، فلم يكن له بُدّ من حفظِها بمَن في عياله، كما في المصباح ص٤٣٨، وكمال الدراية ق٥٧٢.

(٢) لأنَّ صاحبَها لم يرض بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة، ولأنَّ الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب، كما في التبيين٥: ٧٧، ولكن رُوي عن محمد ﷺ: المودَع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وليس في عياله، أو دفع إلى أمين من أُمنائه ممّن يثق به في ماله، وليس في عياله لا يضمن، وفي النهاية: وعليه الفتوى، ثم قال: وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال، كما في مجمع الأنهر١: ٣٣٩.

سفينة أُخرى)[1]؛ لأنَّ هذا أقصىٰ ما يقدر عليه من الحفظ، وهو أسلم من الإبقاء في يدِه ظاهراً، إلا أنَّ أبا يوسف ﷺ قال: لا يُصدَّق علىٰ العذر إلاّ بالبيّنة؛ لأنَّه مدعٍ لسقوط[2] الضمان.

(**فإن خلطَها المودَع بمالِه حتى لا يتميّز ضمنها)**[3]؛ لأنَّه صار مستهلكاً معنىٰ حيث لا ينتفع بها؛ لعدم امتيازها.

---

(١) ولا يصدق علىٰ ذلك إلا ببينة؛ لأنَّه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب، فصار كما إذا ادّعىٰ الإذن في الإيداع، كما في الهداية٣: ٢١٥، قال في المنتقىٰ: هذا إذا لم يكن الحريق عاماً مشهوراً عند الناس، حتىٰ لو كان مشهوراً لا يحتاج إلىٰ البينة، كما في اللباب١: ٣٤٧.

(٢) في ب: «منقوض».

(٣) يعني: إنَّ المودَع إن خلط الوديعة بغير جنسها: كما إذا خلط البر بالشعير، والشعير بالبر، والزيت بالشيرج، والشيرج بالزيت، ينقطع حق المالك، ويجب الضمان علىٰ المودَع؛ لأنَّ هذا استهلاك حقيقة، فيوجب الضمان بالإجماع، وإن خلطها بجنسها: كما إذا خلط البر بالبر في غير المائع، واللبن باللبن في المائع، ضمن المودَع عند أبي حنيفة ﷺ؛ لأنَّه صار مستهلكاً لها، وإذا ضمنها ملكها وانقطع حق المالك من تلك الوديعة في المائع وغيره، كما في الكفاية٧: ٤٥٥، وكمال الدراية ق٤٧٣. وكذا عند أبي يوسف ﷺ إلا إذا خلطه بما هو أكثر منه، يجعل الأقل تابعاً للأكثر لا بما هو أقل منه، فإنَّه لا ينقطع حقّ المالك، بل تثبت الشركة، وعند محمّد ﷺ: لا ينقطع حقّ المالك، بل تثبت الشركة سواء كان أقل أو أكثر، كما في شرح الوقاية١: ٢٥٦.

فإن طلبَها صاحبُها فحبسها عنه وهو يَقْدِرُ على تسليمِها إليه ضَمِن، وإن اختلطت بمالِهِ من غيرِ فعلِهِ فهو شريكٌ لصاحبِها، وإن أَنْفَقَ المودَع بعضَها، ثُمَّ رَدَّ مثلَه فخلطه بالباقي ضَمِن الجميع، وإن تَعَدَّى المودَعُ في الوديعةِ بأن كانت دابّةً فركبَها، أو ثوباً فلَبِسَه، أو عبداً

(**فإن طلبَها صاحبُها فحبسها عنه وهو يَقْدِرُ على تسليمِها**[1] **إليه ضَمِن**)[2]؛ لأنَّه صار غاصباً بالمنع.

(**وإن اختلطت بمالِهِ من غيرِ فعلِهِ**[3] **فهو شريكٌ لصاحبِها**)[4]؛ لاختلاطِ المُلكين من غيرِ خيانةٍ منه.

(**وإن أَنْفَقَ المودَع بعضَها، ثُمَّ رَدَّ مثلَه فخلطه بالباقي ضَمِن الجميع**)[5]؛ لما مَرَّ أنَّه استهلاك.

(**وإن تَعَدَّى المودَعُ في الوديعةِ بأن كانت دابّةً فركبَها، أو ثوباً فلَبِسَه، أو عبداً**

---

(١) لأنَّه لو حبسها عجزاً أو خوفاً على نفسه أو ماله لم يضمن، كما في اللباب١: ٣٤٧.

(٢) لأنَّه متعدٍّ بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها؛ إذ لا يرضى صاحبها بإمساكها بعده، فيكون معزولاً، فصار يده عليها كيد الغاصب فيضمن، كما في التبيين٥: ٧٧.

(٣) كما إذا انشقّ الظرفان، وانصبّ أحدُهما على الآخر، كما في اللباب١: ٣٤٧.

(٤) لأنَّ الضمان لا يجب عليه إلا بالتعدّي، ولم يوجد، إذ لم يوجد منه فعل فيشتركان ضرورة، وهذه شركة أملاك، كما في التبيين١: ٧٨.

(٥) أي: إنَّ المودَع إذا أنفق بعضها ضمن ما أنفق منها ولم يضمن كلّها، فإن جاء بمثل ما أنفق فخلط بالباقي ضمن جميعها؛ لأنَّه صار مستهلكاً للكل بالخلط، كما في درر الحكام٢: ٢٤٦.

فاستخدمه، أو أَودعها عند غيرِه ثُمَّ زال التعدِّي ورَدَّها إلى يدِه، زال الـضَّمان، وإن طلبَها صاحبُها فجحدَها إيّاه فهلكت ضَمِنها، فإن عـاد إلى الاعـتراف لم يـبرأ مـن الضَّمان

فاستخدمه، أو أَودعها عند غيرِه ثُمَّ زال التعدِّي ورَدَّهـا إلى يـدِه، زال الـضَّمان)[1]؛ لزوال سببه وهو التعدي، وبقاء الأمر بالحفظ.

وقال الشَّافِعيّ ﵁: لا يزول؛ لأنَّه لَمَّا خانه لم يبـق أمينـاً؛ لأنَّهـما ضـدّان، ولا حجّة له في ذلك؛ لأنَّه لَمَّا أَعاد لم يبقَ خائناً؛ لأنَّهما ضدّان.

(**وإن طلبَها صاحبُها فجحدَها إيّاه فهلكت ضَـمِنها)**[2]؛ لأنَّـه صـار ممـسكاً لنفسه، (**فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ من الضَّمان**)؛ لأنَّ عقدَ الوديعةِ ارتفع

(١) لأنَّه مأمور بالحفظ في كلّ الأوقات، فإذا خالف في البعض ثمّ رجع أتـى بالمـأمور به، كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظَ في بعضه، ثمّ حفـظ في البـاقي، اسـتحقّ الأجرة بقدره، كما في البحر١: ٢٧٧.

(٢) لأنَّه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ، فبعد ذلك هـو بالإمـساك غاصـب مـانع فيضمنها، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد؛ إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ مـن جهـة المـودع كجحـود الوكيـل الوكالـة وجحـود أحـد المتعاقدين البيع، فتم الرفع، أو لأنَّ المودع ينفرد بعـزل نفـسه بمحـضر مِـن المستودع، كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجـد الردّ إلى نائب المالك، بخلاف الخلاف ثم العـود إلى الوفـاق، ولـو جحـدها عنـد غـير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف ﵁ خلافاً لزفر ﵁؛ لأنَّ الجحودَ عند غيره من باب الحفظ؛ لأنَّ فيه قطع طمع الطامعين؛ ولأنَّه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الأمر بخلاف ما إذا كان بحضرته، كما في الهداية٨: ٤٩٠.

بالجحود، كما في الكفرِ بالله ﷻ، بخلاف التعـدّي بالفعـل؛ لأنّـه بمنزلـة المعـاصي التي لا ترفع عقد الإيمان.

(**وللمودَع أن يُسافرَ بالوديعة وإن كان لها حملٌ ومؤنة**)[1]؛ لأنَّه مأمورٌ بالحفظ مطلقاً غير مأذون بالإيداع، وفي ترك السفر إضراراً به، فتعيّن السفر بها.

وقالا: فيما له حمل لا يسافر به؛ لإلحاق الضرر بالمالك في تحمّل مؤنة الـردّ إن مات المودَع.

[وحاصلُه: أنَّ مؤنةَ السفر يلزم المالك بكلِّ حال][2].

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: يضمن في الوجهين جميعاً؛ لأنَّه سـافر بغـير إذن المالـك، ونحن لا نُسلِّمُ أنَّه بغير إذنه؛ لأنَّ الأمرَ بالحفظ عامٌ يشتمل الحالين.

---

(١) أي: للمودَع أن يسافر بالوديعة إذا لم ينهه المودِع ولم يُخَف عليها بـالإخراج، وهـذا على إطلاقه قول أبي حنيفة ﷺ؛ لأنَّ الأمرَ صدر مطلقاً فلا يتقيّـد بالمكـان كـما لا يتقيّـد بالزمان، والمفازة محلّ للحفظ إذا كان الطريق آمناً، والكلام فيه فـصار كالمـصر؛ ولهـذا يملكه الأب والوصي في مال الصغير مع أنَّ ولايتهما نظرية؛ لقولـه ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، ولولا أنَّه من الأحسن لما جاز ذلك لهـما، وقـال أبو يوسف ﷺ: له الخروج بها إلى مسافة قصيرة، وإن طالت لا يخرج بما له حمل ومؤنـة؛ لأنَّ القصيرة لا يخاف فيها عادة، وقال محمد ﷺ: لا يخرج بما له حمل ومؤنة؛ لأنه يلزمـه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة، والظاهر مِن حاله أنَّه لا يـرضى بـه وربـما تـستغرق المؤنـة الوديعة، وفيه إهلاكها فلا يجوز، كما في التبييـن٥: ٧٩، وظـاهر الهدايـة تـرجيح قـولهما بتأخير دليلهما، كما في اللباب١: ٣٤٨.

(٢) زيادة من جـ.

وإذا أودَع رجلان عند رجل وديعة، ثمّ حضَرَ أَحدُهما فطلب نصيبه منها، لم يدفع إليه شيئاً حتى يحضرَ الآخر عند أبي حنيفة ﷺ، وقالا: يدفع إليه نصيبه، وإن أَوْدَعَ رَجَلٌ عند رجلين شَيْئاً مِمّا يُقْسَمُ لم يَجُزْ أن يدفعَه أَحدُهما إلى الآخر ولكنَّهما يقتسمانه فيحفظ كلُّ واحدٍ منهما نصيبه

(**وإذا أودَع رجلان عند رجل وديعة، ثمّ حضَرَ أَحدُهما فطلب نصيبه منها، لم يدفع إليه شيئاً حتى يحضرَ الآخر عند أبي حنيفة ﷺ**)[1]؛ لأنَّه ليس للمودَع ولاية القسمة.

(**وقالا: يدفع إليه نصيبه**)[2]؛ لأنَّه ملكه، وبالطلب قد نهاه عن حفظه.

(**وإن أَوْدَعَ رَجَلٌ عند رجلين شَيْئاً مِمّا يُقْسَمُ لم يَجُزْ أن يدفعَه أَحدُهما إلى الآخر**[3] **ولكنَّهما يقتسمانه فيحفظ كلُّ واحدٍ منهما نصيبه**)[4]؛ لأنَّهما مأموران بالحفظ، وأمكن حفظهما كذلك.

---

(١) إذا كانت الوديعة غير المكيل والموزون فبالإتفاق، وإن كانت من المكيل والموزون، فكذا عند أبي حنيفة ﷺ، كما في شرح الوقاية١: ٢٥٧؛ ولأنَّه يطالبه بالمفرز، وحقّه في المشاع، والمفرز المعيّن يشتمل على الحقّين ولا يتميز حقّه إلا بالقسمة، وليس للمودع ولاية القسمة، بخلاف الدَّين المشترك؛ لأنَّه يطالبه بتسليم حقّه إليه؛ لأنَّ الديون تقضى بأمثالها، كما في الجوهرة١: ٣٤٩.

(٢) لأنَّه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك؛ ولأنَّه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف، كما في الجوهرة١: ٣٤٩.

(٣) لأنَّ المالكَ لمّا أَودعهما مع علمه أنَّهما لا يقدران على ترك اشتغالهما، ولا يجتمعان في مكان واحد للحفظ، كان راضياً لقسمتها، وحفظ كلّ واحد منهما للنصف دلالةً، والثابتُ بالدلالة كالثابت بالنصّ، كما في فتح باب العناية ٥: ٢١.

(٤) هذا عند أبي حنيفة ﷺ، وعند الصاحبين ﷺ: يجوز الدفع إلى الآخر فيما يقسم، كما

وإن كان ممَّا لا يقسم جاز أن يحفظَ أحدُهما بإذن الآخر، إذا قال صاحبُ الوديعة للمودَع: لا تسلمها إلى زوجتك، فسلَّمها إليها لا يضمن، فإن قال له: احفظها في هذا البيت، فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن

(**وإن كان ممَّا لا يقسم**[1] **جاز أن يحفظَ أحدُهما بإذن الآخر**)؛ لأنَّهما مأموران بالحفظ، ولا يمكنهما الاجتماع عليه أبداً، فكان كلُّ واحد منهما مأذوناً بالدفع إلى الآخر دلالة.

(**وإذا قال صاحبُ الوديعة للمودَع: لا تسلمها إلى زوجتك، فسلَّمها إليها لا يضمن**)[2]؛ لأنَّ الإنسانَ لا يجد بُدّاً من ذلك، فإنَّه إذا خرج كان البيتُ وما فيه مسلّماً إليها، فلا يفيد النهي.

(**فإن قال له: احفظها في هذا البيت، فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن**)؛ لأنَّهما لا يتفاوتان عادة، فكان الشرطُ غيرَ مفيد، إلاّ إذا كانت الدارُ كبيرة

في شرح الوقاية ٤: ٢٥٧.

(١) كالعبد والثوب والحيوان؛ لأَنَّ المالك رضي بيد كلّ منهما على كلها؛ لأنَّه أَودعهما مع علمه بأَنَّهما لا يجتمعان الليل والنهار على حفظها، كما في فتح باب العناية ٥: ٢١.

(٢) كأن قال: لا تدفعها إلى امرأتك أو أحد من عيالك، فإنَّ هذا الشرط مفيد، إذ قد يأمن الإنسان الرجل على ماله ولا يأتمن عليه عياله، إلا أنَّه إنَّما يلزم مراعاته بحسب الإمكان، فإذا لم يكن الحفظ بدونه صار النهي عن الدفع إليه كالنهي عن حفظه، فكان مناقضاً لأصله فيبطل، فلا يضمن إذا هلكت، كما في فتح باب العناية٢: ٤٦٠، وفي شرح الإسبيجاني ﷺ: وهذا إذا كان لا يجد بُدّاً من ذلك؛ لأنَّ الشرط وإن كان مفيداً لكن العمل به غير ممكن، أمّا إذا كان يجد بُدّاً منه يلزمه مراعاة شرطه بقدر الإمكان؛ لتمكّنه من حفظها على الوجه المأمور به، فإذا خالف ضمن، كما في اللباب١: ٣٤٩.

يتفاوت البيتان في الحرز.

(**فإن حفظها في دار أخرى ضمن**)؛ لأنَّ الدارين يتفاوتـان في الحـرز، فكـان الشرط مفيداً.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: يضمن في الوجهين جميعـاً؛ لأنَّـه خـالف، إلاّ أنَّ مطلـق الخلاف ليس بمعتبر إذا لم يتفاوت،كما لـو أمـره أن يحفظَـه في اليمـين فَحَفِـظَ في الشمال أو في جانب من البيت فحفظ في الآخر.

* * *

كتابُ العارية

العاريةُ جائزةٌ، وهي تمليكُ المنافعِ بغير عوض

كتابُ العارية

(**العاريةُ**[1] **جائزةٌ، وهي تمليكُ المنافعِ بغير عوض**)[2]؛ لأنَّها من البرّ، قال الله ﷻ: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ المائدة: ٢، وقد «استعار النبيّ ﷺ من صفوان بن أمية[3]

---

(١) العارية لغةً: مشتقّةٌ من العار منسوبة إليه ووزنها فعلية؛ لأنَّ طلبَها عار، كما في التبيين٥: ٨٣.

وشرعاً كما ذكره المصنف، لأنَّها تنبئ عن التمليك؛ لأنَّها مأخوذة من العرية، وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض، ثم استعمل في المنفعة كذلك فاقتضت تمليكاً؛ ولهذا تنعقد بلفظ التمليك؛ وهذا لأنَّ تمليكَ المنافع مشروعٌ بعوض كالإجارة، فوجب أن يكون مشروعاً بغير عوض أيضاً كالإعتاق؛ لأنَّ كلَّ ما جاز فيه التمليك ببدل جاز فيه التمليك بغير بدل إلا النكاح، والجهالةُ لا تفضي إلى المنازعة، وكلّ جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا توجب الفساد؛ وهذا لأنَّها غير لازمة، فله أن يرجع في كلّ ساعة، بخلاف المعاوضات، فإنَّها لازمة، والجهالة فيها تفضي إلى المنازعة، كما في التبيين٥: ٨٣، والمراد بالجهالة: جهالةُ المنافع المملكة لا جهالة العين المستعارة، كما في البحر٧: ٢٨٠.

(٢) وأشار به إلى الردِّ على الكرخيّ رضي الله عنه القائل بأنَّها إباحة، وليست بتمليك، ويشهد لما في المتن الأحكام من انعقادها بلفظ التمليك، وجواز أن يعير ما لا يختلف بالمستعمل، ولو كان إباحة لما جاز؛ لأنَّ المباح له ليس له أن يبيحه لغيره، كما في البحر٧: ٢٨٠.

(٣) هو صفوان بن أمية بن خلف بن وهب الجمحيّ القرشي المكيّ، أبو وهب، صحابي، فصيح جواد، كان من أشراف قريش في الجاهلية والإسلام، وكان من المؤلفة قلوبهم، وأسلم بعد الفتح لما رأى من كثرة ما أعطاه رسول الله ﷺ فقال: والله ما طابت

أدرعاً»[1].

(**وتَصحُّ بقوله: أعرتُك**)؛ لأنَّه صريحٌ فيه.

(**وأطعمتُك هذه الأرض**)؛ لأنَّ الأرض لا تطعم، فينصرف إلى ما يؤخذ منها بغير عوض، فكان عارية.

(**ومنحتُك**[2] **هذا الثوب**)؛ لقوله ﷺ: «المنحة مردودة»[3].

بهذا إلا نفس نبي، فأسلم، وحسن إسلامه، وشهد اليرموك، له في كتب الحديث (13) حديثاً، ومات بمكة سنة (41هـ). ينظر: الأعلام 3: 205، وأسد الغابة 2: 406.

(1) فعن أُناس من آل عبد الله بن صفوان: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «يا صفوان، هل عندك من سلاح؟»، قال: عور أم غصباً، قال: «لا، بل عور» فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعاً، وغزا رسول الله ﷺ حُنيناً، فلما هزم المشركون جمعت دروع صفوان ففقد منها أدراعاً، فقال رسول الله ﷺ لصفوان: «إنا قد فقدنا من أدراعك أدراعاً، فهل نغرم لك؟» قال: لا، يا رسول الله، لأنَّ في قلبي اليوم ما لم يكن يومئذ، في سنن أبي داود 3: 296، وقال أبو داود: «وكان أعاره قبل أن يسلم، ثم أسلم»، وشرح مشكل الآثار 11: 291، والمعجم الكبير للطبراني 8: 50، وسنن الدارقطني 3: 453، وغيرها.

(2) معناه: إذا لم يُرد به الهبة؛ لأنَّ المنحَ لتمليك العين عرفاً، وعند عدم إرادته يحمل على تمليك المنافع، وأصلُه أن يعطي الرجلُ ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردّها إذا ذهب درها، ثم كثر ذلك حتى قيل في كلّ مَن أعطى شيئاً منح، وإذا أراد به الهبة أفاد ملك العين، وإلا بقي على أصل وضعه، كما في شرح الوقاية 4: 259، والتبيين 5: 84.

(3) فعن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجّة الوداع: (إنَّ الله قد أعطى لكلّ ذي حقٍّ حقَّه، فلا وصية لوراث، الولد للفراش وللعاهر الحجر، وحسابهم على الله عز وجل، ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه

وحملتُك على هذه الدابّة إذا لم يـرد بـه الهبـة، وأخـدمتُك هـذا العبـد، وداري لـك سُكنى، وداري لـك عمـري سُـكنى، وللمعـير أن يرجـعَ في العاريـةِ متـى شـاء، والعاريةُ أمانةٌ إن هلكت

(**وحملتُك على هذه الدابّة إذا لم يرد به الهبة**)؛ لأنَّ اللفظَ صالحٌ لتمليك العين والمنفعة، والثاني أدنى، فيحمل عليه.

(**وأخدمتُك هذا العبد**)؛ لأنَّه أذن في استخدامه بغير عوض.

(**وداري لك سُكنى، وداري لـك عمـري**[1] **سُـكنى**)؛ لأنَّ اللفظـين اقتـضيا ثبوت السكنى له بغير عوض.

(**وللمعير أن يرجعَ في العاريةِ متى شاء**)[2]؛ لأنَّه عقـدُ تـبرّع لا عقـد إلـزام، والمنافع غير مقبوضة في المستقبل، فكان له الرجوع.

(**والعاريةُ أمانةٌ إن هلكت**[3]

فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة، لا تنفق امرأة من بيت زوجهـا إلا بـإذن زوجهـا، قيل: يا رسول الله، ولا الطعام؟ قال: ذلـك أفـضل أموالنـا، ثـم قـال: العاريـة مـؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم) في سـنن الترمـذي٤: ٤٣٣، وسـنن أبي داود٢: ١٢٧، وسنن النسائي الكبرى٤: ١٠٧، وغيرها.

(١) فعمري مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره: أعمرتها لك عمري، والعمرى جعـل الدار لأحد مدّة عمره، وسكنى تمييز، كما في شرح الوقاية ٤: ٢٥٩.

(٢) لأنَّ المنافع تحدث شيئاً فشيئاً، ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها، فرجوعُه امتنـاعٌ عن تمليك ما لم يحدث، فله ذلك، كما في التبيين٥: ٨٤.

(٣) هذا إذا كانت مطلقة، فلو كانتمقيّدة: كأن يعـيره يومـاً، فلـو لم يردّهـا بعـد مـضيه ضَمِن إذا هلكت، كما في شرح المجمـع، وهـو المختـار، كـما في العماديـة، اهــ، قـال في

من غير تعدٍّ[1] **لم يضمن)**[2] إذا كان ممَّا لا يختلف

باختلاف المستعمِل؛ لقوله ﷺ: «ليس على المستعير غير المغل ضمان»[3].

ولا حجّة للشافعيّ ﷺ في حديث النبيّ ﷺ: «أنَّه استعار من صفوان بن أمية أدرعاً، فقال أغصباً يا مُحمَّد؟ فقال: لا، بل عارية مضمونة مؤدّاة»[4]؛ لأنَّه عارضه

الشرنبلالية: سواء استعملها بعد الوقت أو لا، وذكر صاحبُ المحيط وشيخ الإسلام: إنَّما يضمن إذا انتفع بعد مضي الوقت؛ لأنَّه حينئذٍ يصير غاصباً، أبو السعود، كما في ردّ المحتار٥: ٦٧٩.

(١) هذا إذا لم يتبين أنَّها مستحقة للغير، فإن ظهر استحقاقها ضمنها، ولا رجوع له على المعير؛ لأنَّه متبرع، وللمستحقّ أن يضمّن المعير، وإذا ضمّنه لا رجوع له على المستعير، بخلاف المودع إذا ضمنها للمستحق، حيث يرجع على المودع؛ لأنَّه عامل له، بحر، كما في رد المحتار٥: ٦٧٩.

(٢) ولو بشرط الضمان، فإنَّه شرط باطل، كما في المحيط، وفي التبيين٥: ٨٥: «العاريةُ إذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية»، وصاحب الجوهرة جزم بأنَّ العارية تصير مضمونة بشرط الضمان ولم يقل في رواية، وفي البَزّازيّة: أعرني هذا على أنَّه إن ضاع فأنا ضامنٌ وضاع لم يضمن، كما في مجمع الأنهر٢: ٣٤٧.

(٣) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده ﷺ، عن النبي ﷺ في سنن الدارقطني ٣: ٤٥٦، وقال الدارقطني: «عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنَّما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع»، وعن شريح، أنَّه قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان» في السنن الصغرى للبيهقي ٢: ٣١١، ومصنف عبد الرزاق ٨: ١٧٨.

(٤) فعن صفوان بن أميَّة ﷺ: (أنَّ النبيَّ ﷺ استعارَ منه دروعاً يوم خيبرَ، فقال: أغصباً يا محمّد، قال: بل عاريةٌ مضمونة) في سنن أبي داود٢: ٣١٨، وسنن النَّسائي الكبرى٣:

وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره، فإن آجره فعطب ضَمِن، وله أن يعيرَه إذا كان ممَّا لا يختلف باختلاف المستعمِل

قوله لصفوان بن أبي يعلى: «عارية مؤدّاة»، فيحمل ذلك على ضمان الردّ؛ توفيقاً بين الأحاديث.

(**وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره**)؛ لأنَّه يبطل حقّ الرجوع للمعير (**فإن آجره فعطب ضَمِن**)[1].

وله أن يعيرَه إذا كان ممَّا لا يختلف باختلاف المستعمِل)[2]؛ لأنَّه ملك المنافع.

٤٠٩، والسنن الصغير٤: ٤٨٩، ومعرفة السنن١٠: ١١١، ومسند أحمد٣: ٤٠٠، وحسَّنه الأرنؤوط.

(١) لأنَّ الإعارةَ دون الإجارة، والشيء لا يتضمن ما فوقه؛ ولأنَّ مقتضى العارية الرجوع، وتعلق المستأجر بها يمنع ذلك؛ فلهذا لم يجز، فإن آجرها ضَمِن حين سلّمها، وإن شاء المعير ضَمَّن المستأجر؛ لأنَّه قبضها بغير إذن المالك، ثمّ إن ضَمِن المستعير لا يرجع على المستأجر؛ لأنَّه ظهر أنَّه آجر ملكه، وإن ضمن المستأجر رجع على المؤجر إذا لم يعلم أنَّه عارية في يده؛ دفعاً لضرر الغرور، بخلاف ما إذا علم، كما في الجوهرة١: ٣٥١.

(٢) لأنَّ العارية تمليك المنافع، وإذا كانت تمليكاً فمَن ملك شيئاً جاز له أن يملّكه على حسب ما ملك، وإنَّما شرط أن لا يختلف باختلاف المستعمل دفعاً لمزيد الضرر عن المعير؛ لأنَّه رضي باستعماله لا باستعمال غيره، وإنَّما يجوز له أن يعير إذا صدرت مطلقة، بأن استعار دابّة ولم يسم له شيء، فإنَّ له أن يحمل ويعير غيره للحمل، وله أن يركب ويركب غيره؛ لأنَّه لما أطلق فله أن يعير، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره؛ لأنَّه تعيَّن ركوبه، ولو أركب غيرَه ليس له أن يركبَ بنفسه، حتى لو فعله ضمن؛ لأنَّه قد تعيَّنَ الإركاب، فأمّا إذا استعارها ليركبها هو، أو استعار ثوباً ليلبسه هو، فأركبها

أَمَّا إذا كان ممَّا يختلف باختلاف المستعمِل، وقد عَيَّنَ لنفسه، فليس له ذلك؛لأنَّ المالك لم يرضَ باستعمال غيره.

(**وعاريةُ الدَّراهم والدَّنانير والمكيل والموزون قرضٌ**)[1]؛ لأنَّ الانتفاعَ بها مع بقاءِ عينها محال، فكان إذناً بإتلافها، والردُّ واجبٌ بقضية العارية، وهذا معنى القرض.

(**وإذا استعار أَرضاً ليبني فيها أو يَغْرِس نخلاً جاز**)؛ لأَنَّه نوعُ منفعة كالسكنى، (**وللمعير أن يرجع فيها**)[2]؛ لأنَّ المنافعَ لم تملك بعد لعدم القبض،

غيره، أو ألبسه غيره فتلف ضمن؛ لأنَّها مقيّدة هنا بركوبه ولبسه، وإن استعار داراً ليسكنها هو فأعارها غيره فسكنها لم يضمن؛ لأنَّ الدورَ لا تختلف باختلاف المستعمل، كما في الجوهرة1: 351.

(1) لأنَّ الإعارةَ إذنٌ في الانتفاع، ولا يتأتى الانتفاع بالنقود إلا باستهلاك عينها فيصير مأذوناً في ذلك، وفيه طريقان: إما الهبة أو القرض، فيثبت الأقلّ لكونه متيقناً به؛ ولأنَّ المستعير يلتزم ردّ العين بعد الانتفاع، ويتعذّر هنا ردّ العين، فيقام ردّ المثل مقام ردّ العين، والقبضُ الذي يُمكنه من استهلاك المقبوض ويوجب عليه ضمان المثل القبض بجهة القرض، كما في المبسوط11: 145، هذا إذا لم يبين جهة الانتفاع بها، فإن بين جهة ينتفع بها مع بقاء عينها بأن يستعيرها ليعاير بها ميزاناً أو مكيلاً أو ليزين بها دكانه أو غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية أمانة ليس له أن ينتفع بإهلاكها، فكان نظير عارية الحلي والسيف المحلى، كما في التبيين5: 88.

(2) لأنَّ العاريةَ غيرُ لازمة، فكان له أن يرجع أي وقت شاء، ويكلِّفه قلع البناء

ويُكلِّفه قلع البناء والغرس، فإن لم يكن وقَّت العارية فلا ضمان عليه، وإن كان وَقَّت العارية فرجع قبل الوقت ضَمِن المعيرُ ما نقص البناء والغرس بالقلع

(**ويُكلِّفه قلع البناء والغرس، فإن لم يكن وقَّت العارية فلا ضمان عليه**)[1]؛ لأنَّه لم يغرّه.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: إذا أطلق لا يقلع إلا بشرط الزمان كالمؤقَّت؛ باعتبار أنَّه مأذون فيه.

والفرق لنا: أنَّ المؤقَّت إذا رجع فيه قبل الوقت ضَمِن بالغرور، ولم يوجد هاهنا الغرور.

(**وإن كان وَقَّت العارية فرجع قبل الوقت ضَمِن المعيرُ ما نقص البناء والغرس بالقلع**)؛ لأنَّه قد غرَّه.

والغرس؛ لأنَّه شاغل أرضه بملكه فيؤمر بالتفريغ، إلا إذا شاء أن يأخذهما بقيمتهما فيما إذا كانت الأرض تستضرّ بالقلع، فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين، ويكونان له كي لا تتلف عليه أرضه ويستبدّ هو بذلك؛ لأنَّه صاحبُ أصل بخلاف ما إذا كانت الأرض لا تستضرّ بالقلع، حيث لا يجوز الترك إلا باتفاقهما، بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما في هذه الحالة، بل أيهما طلب القلع أجيب، كما في التبيين ٥: ٨٨.

(١) أي: ربُّ الأرض لا يضمن للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع إن لم يوقت للعارية وقتاً؛ لأنَّ العارية غير لازمة، فيكون له الرجوع في كلِّ وقت، فلم يكن غار له بالإطلاق، وإنَّما هو اغتر بنفسه، بخلاف ما إذا كانت مؤقتة فرجع قبل الوقت؛ لأنَّه يصير غاراً له بذلك حيث نصّ على تركها في يده إلى الوقت المذكور؛ وهذا لأنَّ ظاهرَ حال المسلم أن يفي بالوعد، فيكون مغروراً من جهته، فكان له أن يرجعَ عليه؛ دفعاً للضرر عن نفسه بسببه، كما في التبيين ٥: ٨٨.

وأجرةُ ردِّ العارية على المستعير، وأُجرة ردِّ العين المستأجرة على المؤاجر، وأُجرة ردِّ العين المغصوبة على الغاصب، وأُجرة ردِّ الوديعة على المودِع

(**وأجرةُ ردِّ العارية على المستعير**)[1]؛ لأنَّه قَبضها لمنفعة نفسه، فكان عليه الردّ.

[(**وأُجرة ردِّ العين المستأجرة على المؤاجر**)[2]]؛ لأنَّ المنفعة حصلت له من حيث المعنى.

(**وأُجرة ردِّ العين المغصوبة على الغاصب**[3].

وأُجرة ردِّ الوديعة على المودِع)[4]؛ لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى

(١) الأصلُ: أنَّ مؤنةَ الردّ تجب على مَن وقع القبض له، فالمستعيرُ قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه؛ ولهذا لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردّها حتى هلكت ضَمِنَ، كما في التبيين٥: ٨٩.

(٢) لأنَّ العينَ المستأجرة مقبوضة لمنفعة المالك؛ لأنَّ الأجرَ سلم له به، ولا يجب على المستأجر ردّها، وإنَّما يجب عليه التمكين والتخلية، فلا يكون عليه مؤنة الردّ، ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب أن تكون المؤنة عليه؛ لأنا نقول: إنَّ ما حصل له منفعة، وهي عرض يفنى، وما حصل للمؤجر عين تبقى، فكان هو بالوجوب أولى، كما في التبيين٥: ٨٩.

(٣) لأنَّ الغاصبَ يجب عليه نسخ فعله، وذلك بردّها وإعادتها إلى يد مالكها كما كانت؛ لأنَّه هو الذي أزال يده متعدياً، ففي ردّها براءة ذمّته، فيكون عليه مؤنة ردّها دفعاً للضرر عن المالك، كما في التبيين٥: ٨٩.

(٤) لأنَّ منفعةَ القبض حاصلة له؛ لأنَّه لحفظ العين، ومنفعة حفظها عائد إليه، فكانت مؤنة ردها عليه، كما في التبيين٥: ٨٩.

وإذا استعار دابّةً فردَّها إلى اصطبل مالكها فهَلَكَت لم يَضْمَن، ومَن استعار عيناً فردَّها إلى دارِ مالكِها ولم يسلمها إليه لم يضمن، وإن ردَّ الوديعةَ أو العين المغصوبة إلى دارِ المالكِ ولم يُسلمها إليه ضَمِن

تردَّه»، ومَن عليه الرد عليه أجرة الردّ.

(**وإذا استعار دابّةً فردَّها إلى اصطبل مالكها فهَلَكَت لم يَضْمَن**[1].

ومَن استعار عيناً فردَّها إلى دارِ مالكِها ولم يسلمها إليه لم يضمن)[2]، والقياس: أن يضمنَ، وهو قول الشَّافِعيّ ﷺ؛ لأنَّ الأمانات لا يبرأ منها إلا بالردّ إلى المالك، إلا أنَّهم استحسنوا ذلك للعرف، فإنَّ العادةَ جرت بردِّ العواري على هذا الوجه.

(**وإن ردَّ الوديعةَ**[3] **أو العينَ المغصوبة**[4] **إلى دارِ المالكِ ولم يُسلمها إليه ضَمِن**)؛ لأنَّ المالكَ لم يرض بكونها في داره، وربَّما يودع خوفاً ممَّن في داره، فيعتبر الردّ إليه حقيقة.

(١) وهذا استحسان، والقياس: أن لا يبرأ؛ لأنَّه لم يردها إلى صاحبها، وإنَّما ضيعها تضييعاً، فصار كالمغصوب، وجه الاستحسان: أنَّه أتى بالتسليم المتعارف، وهو المعول عليه؛ وهذا لأنَّ الاصطبل أو الدار في يد المالك ولو ردها على المالك كأن يردهما إلى الاصطبل أو الدار، فكان الرد إليهما ردّاً على المالك، وقيل: هذا في عادتهم، وفي زماننا: لا يبرأ إلا بالتسليم إلى يد صاحبها، وعن ابن سلمة ﷺ: أنَّه إن كان المربط خارج الدار لا يبرأ؛ لأنَّ الظاهر أنَّ الدابة تكون هناك بلا حافظ، كما في التبيين٥: ٨٩.

(٢) في نسخة اللباب ١: ٣٥٣: يضمن، وفي الجوهرة ١: ٣٥٣: «وفي نسخة: لم يضمن، وكذا هو في شرحه لم يضمن غير أنَّه بعد ذلك أشار إلى أنَّه في آلات المنزل»، أي: بخلاف الأعيان النفيسة فلا ترد إلا إلى المعير، كما في اللباب١: ٣٥٣.

(٣) لأنَّها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره؛ إذ لو رضي به لما أودعها عنده، التبيين٥: ٨٩.

(٤) لأنَّه صار متعدياً بإثبات يده في العين وبإزالة يد صاحبها، فلا بُدّ من إزالة يده

كتابُ اللقيط

(اللقيطُ[1] حُرٌّ[2]

وإثبات يد صاحبها فيها، وذلك بالتسليم حقيقة، كما في التبيين٥: ٨٩.

(١) لغةً: فهو فعيلٌ من اللقط، وهو اللقاء بمعنى المفعول، وهو الملقوط، وهو الملقى، أو الأخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادةً؛ لما أنَّه يؤخذ فيرفع، وأما في العرف فنقول: هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى، أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة، فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة؛ لأنَّه يلقط عادة، أي: يؤخذ ويرفع، كما في البدائع٦: ١٩٧.

وشرعاً: ما يلتقط، وهو اسم لحي موجود يطرحه أهله خوفاً عن العيلة أو فراراً عن تهمة الزنية، مضيِّعه آثم ومحرزه غانم؛ لما في إحرازه منإحياء النفس، وتمامه في المستصفى ق١٨٣/ ب-١٨٤/ أ.

ورفعه اللقيط أحبّ، وإن خيف هلاكه يجب، كما في الوقاية ٣: ٢٦٩، وفي الجوهرة١: ٣٥٤: «والالتقاطٌ مندوبٌ إليه فيما إذا كان في المصر، وواجبٌ إذا كان في بريّة؛ لما فيه من إحيائه»، لما فيه من إحياء النفس؛ لأنَّه على شرفِ الهلاك؛ قال ﷻ: ﴿**وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا**﴾ المائدة: ٣٢، وفي رفعه إظهار الشفقة على الأطفال، وهو من أفضل الأعمال؛ ولهذا قيل محرزه غانم ومضيعه آثم، كما في التبيين٣: ٢٩٧، وهذا كرفعَ اللُّقطةِ: وهي مال الغيرِ الذي وجد ضائعاً مندوب، وفرضٌ عند خوفِ ضياعها، وهذا إذا أمن على نفسه، وإلا فالتّركُ أولى، كما في منح الغفّار ق٤٣٤/ أ.

(٢) أي: في جميع أحكامه حتى إنَّ قاذفه يحد؛ لأنَّ الأصلَ في بني آدم الحرية، والدار دار الإسلام وهي دار الإحراز، وإن ادعى الملتقط أو غيره أنَّه عبده لا يصح إلا بالبينة،

ونفقته من بيت المال)[1]؛ لأنَّ الأصلَ في الآدمي الحرية، والرقُّ لعارض، وعن عمر ﷺ أنَّه قال: «هو حرٌّ ونفقتُه علينا»[2].

(فإن التقطه رجلٌ لم يكن لغيره أن يأخذَه من يده)[3]؛ لأنَّ الأوّلَ اختصّ به

وتجوز شهادته بعد البلوغ إذا كان عدلاً، ولا يصحّ منه العتق والتدبير والكتابة، والجناية عليه ومنه كالجناية على الأحرار، ويحكم له بالإسلام؛ لأنَّه وُجِد بين المسلمين فكان مثل أولادهم، كما في الجوهرة١: ٣٥٤.

(١) المرادُ بنفقته: كلُّ ما يحتاجُ إليه من الطّعام والكسوة والسُّكنى والدّواء وغير ذلك حتى المهر إذا زوّجَه السّلطان، كما في البحر٥: ١٥٥-١٥٦، وإنَّما كان في بيتِ المال؛ لأنَّ اللَّقيطَ مسلمٌ عاجزٌ عن التّكسُّب، ولا مالَ له ولا قرابة، فأشبه المقعدَ الذي لا مالَ له، وقد ثبتَ في مصنّف عبد الرزاق ٧: ٤٥٠، ٩: ١٤: عن عليّ ﷺ: «أنَّه أنفقَ على اللّقيطِ من بيتِ المال»، وكذا روي في الموطّأ٢: ٧٣٨، ومسند الشَّافِعيّ١: ٢٢٥ وغيرها عن عمرَ ﷺ، وذكرَ في تنويرِ الأبصار ص١١٧ وغيره: أنَّ هذا إذا لم يكنْ له مالٌ وقرابة، فإن كان له مالٌ أو قرابةٌ فنفقتُهُ في ماله أو قرابته، كما في العمدة٢: ٣٨٥.

(٢) فعن سنين أبي جميلة ـ رجل من بني سليم ـ أنَّه وجد منبوذاً في زمن عمر بن الخطاب ﷺ، قال: فجئت إلى عمر بن الخطاب ﷺ، فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدتها ضائعة فأخذتها، فقال له عريفه: يا أمير المؤمنين، إنَّه رجل صالح، فقال عمر: كذلك؟ قال: نعم، فقال عمر بن الخطاب ﷺ: «اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته» في موطأ مالك ٤: ١٠٦٨، واللفظ له، وصحيح البخاري ٣: ١٧٦، وشرح مشكل الآثار ٧: ٣١٠، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ٣٣٢، وغيرها.

(٣) أي: قهراً، سواء كان رجلاً أو امرأة؛ لأنَّه ثبت له حقّ الحفظ لسبق يده، فله أن يدفع إلى غيره باختياره، فلو دفع إليه لم يأخذه منه؛ لأنَّه أبطل حقّه بالاختيار، وتمامه في

فإن ادَّعى مدع أَنَّه ابنُه فالقولُ قولُه، وإن ادَّعاه اثنان ووصف أحدُهما علامةً في جسده فهو أولى به

يداً بالسبق إليه.

(**فإن ادَّعى مدع أَنَّه ابنُه فالقولُ قولُه**)[1]؛ لأَنَّ الظاهرَ هو الصدق، والنَّسب يحتاط في إثباته.

(**وإن ادَّعاه اثنان**[2] **ووصف أحدُهما علامةً في جسده**[3] **فهو أولى به**)[4]؛ لأَنَّ الظاهرَ أشدّ شهادة له.

مجمع الأنهر ١: ٧٠٢.

(١) والقياس: أن لا يثبت نسبه منه؛ لأَنَّه يتضمن إبطال حق الملتقط في اليد، ولا يملك ذلك، والاستحسان: أَنَّه إقرارٌ بما ينفعه وهو محتاج إليه؛ لأَنَّه يتشرف بالنسب ويعيّر بعدمه، والملتقط لا ينازعه فيه فصحَّت دعوته، ثم مِن ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحقّ بحفظ ولده من الأجنبي، وكم من شيء يثبت ضمناً وإن لم يثبت قصداً، كما في التبيين٣: ٢٩٩.

(٢) أي: يثبت نسبه من اثنين أيضاً كما يثبت من واحد، وذلك عند عدم المرجّح لأحدهما من يد أو بيّنة أو ذكر علامة، فيكون ابنهما لاستوائهما في السبب، والنسبُ يثبت من اثنين أيضاً عند الاستواء في الحجة عندنا، كما في التبيين٣: ٢٩٨.

(٣) لأَنَّ الظاهرَ شاهدٌ له؛ لموافقة العلامة كلامه، ولو سبقت دعوة أحدهما، فهو ابنه؛ لأَنَّه ثبت في زمان لا منازع له فيه، إلا إذا أقام الآخر البيّنة؛ لأَنَّ البيّنة أقوى، كما في الهداية٦: ١١٣.

(٤) أي: يجب على الملتقط أن يدفع اللقيط إلى الذي وصف علامة في جسده وأصاب في وصفه؛ لأَنَّ الواصف أولى بذلك اللقيط، كما في العناية٦: ١١٣.

وإذا وُجِد في مصرٍ من أَمصار المسلمين أو في قريةٍ من قراهم، فادَّعى ذميٌّ أَنَّه ابنُه ثبت نسبُه منه وكان مسلماً تبعاً للدار

ولا عبره بقول القافة، كما قال الشَّافِعيّ ﷺ؛ لأَنَّه رجم بالغيب، وحكم بغير دليل، فقد يولد الأبيض من الأسود، والأسود من الأبيض.

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: فإن لم يوجد القافة ترك حتى يبلغ، فينسب إلى أحدهما، وهذا أيضاً قول بغير دليل، فإنَّ المولودَ لا علم له بحقيقة حاله.

(**وإذا وُجِد في مصرٍ من أَمصار المسلمين**[1] **أو في قريةٍ من قراهم، فادَّعى ذميٌّ أَنَّه ابنُه ثبت نسبُه منه وكان مسلماً تبعاً للدار**)[2]؛ لأنَّ دعواه تتضمَّن نفعاً وضرراً للقيط، فيصدَّق في النفع دون الضرر.

---

(١) المسألة في الحاصل على أربعة أوجه:

أحدها: أن يجده مسلمٌ في مكان المسلمين: كالمسجد ونحوه، فيكون محكوماً له بالإسلام.

والثاني: أن يجده كافرٌ في مكان أهل الكفر: كالبيعة والكنيسة، فيكون محكوماً له بالكفر لا يصلَّى عليه إذا مات.

والثالث: أن يجدَه كافرٌ في مكان المسلمين.

والرابع: أن يجدَه مسلمٌ في مكان الكافرين، ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية. ففي كتاب اللقيط يقول: العبرةُ للمكان في الفصلين جميعاً. وفي رواية ابن سماعة عن محمد ﷺ: أنَّ العبرة للواجد بالفصلين جميعاً، مبسوط، كما في العناية٦: ١١٤.

(٢) لأنَّ في إثبات نسبه نفعاً له، وإنَّما جعلناه مسلماً؛ لأنَّ الكفرَ إلحاقُ ضرر به، فما يكسبه الضرر لا يجوز عليه، وما يحصل له فيه النفع فهو جائز، فصحَّت دعوته فيما ينفعه دون ما يضرّه، كما في الجوهرة النيرة١: ٣٥٥.

وإن وُجد في قرية من قرى أهل الذمّة، أو في بيعة، أو في كنيسة كان ذميّاً، ومَن ادّعى أنَّ اللقيطَ عبدُه لم يُقبل منه وكان حرّاً، فإن ادَّعى عبدٌ أنَّه ابنُه ثبت نسبُه منه وكان حرّاً

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: هو على دِين المدّعي كما لو أقام البيِّنة، إلاّ أنَّ البيِّنة لا تهمة فيها، بخلاف الدعوى.

(**وإن وُجد في قرية من قرى أهل الذمّة، أو في بيعة، أو في كنيسة كان ذميّاً**)[1]؛ لأنَّها مختصّة بهم، فالغالبُ أنَّه منهم، والحكم للغلبة.

(**ومَن ادّعى أنَّ اللقيطَ عبدُه لم يُقبل منه**) إلا بالبيّنة (**وكان حرّاً**)[2]؛ لما مَرَّ أنَّ الحرية هي الأصل، (**فإن ادَّعى عبدٌ أنَّه ابنُه ثبت نسبُه منه وكان حرّاً**)[3]؛ لأنَّ ثبوت النسب نفع محضٌ فيصدق فيه.

---

(١) هذا الجواب فيما إذا كان الواجدُ ذمياً روايةً واحدة، وإن كان الواجدُ مسلماً في هذا المكان، أو ذمياً في مكان المسلمين، اختلفت الرواية فيه كما سبق، كما في الهداية٦: ١١٤.

(٢) لأنَّه محكومٌ بحريّته باعتبار الظاهر، فلا يبطل ذلك بمجرد قوله؛ ولأنَّ يدَه يدَ حفظ، فلا يمكنه أن يحوّل يدَه يد ملك بمجرد قوله من غير حجّة، وهذا بخلاف ما إذا ادَّعى أنَّه ابنُه؛ لأنَّ ذلك إقرارٌ للقيط بما ينفعه، وهذا دعوى عليه بما يضرّه، وهو تبديلُ صفة المالكية بالمملوكية، كما في المبسوط١٠: ٢١٤.

(٣) لأنا نراعي حصول المنفعة له، وثبوت النسب أنفع له، وكونه رقيقاً ضرر عليه، فصحّ ما فيه نفعه، وبطل ما فيه ضرره؛ ولأنَّ المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشكّ، وإن ادعاه مملوكان فهو ابنُهما ويكون عبداً عند أبي حنيفة ﷺ، وقال محمّد ﷺ: هو ابنُهما ويكون حرّاً، ولو قال المسلم: هو عبدي، وقال النصرانيّ: هو ابني، فهو ابن النصراني ويكون حرّاً، كما في الجوهرة١: ٣٥٥.

وإن وُجِدَ مع اللقيطِ مالٌ مشدود عليه فهو له، ولا يجوز تزويجُ المُلتَقِط ولا تصرّفُه في مالِ اللقيط، ويجوز أن يقبضَ له الهبة ويُسَلِّمه في صناعة ويؤاجره

(**وإن وُجِدَ مع اللقيطِ مالٌ مشدود عليه فهو له**)[1]؛ لشهادة الظاهر له وانتفاء يد غيره.

(**ولا يجوز تزويجُ المُلتَقِط**[2] **ولا تصرّفُه في مالِ اللقيط**)[3]؛ لأنَّه لا ولاية له.

(**ويجوز أن يقبضَ له الهبة**[4] **ويُسَلِّمه في صناعة**[5] **ويؤاجره**)[6]؛ لأنَّها تصرّفاتٌ نافعةٌ كإطعامِهِ وغسل ثيابه، واللهُ أَعْلَمُ بالصَّوَاب.

---

(١) أي: ما وجد مشدوداً على اللقيط أو على دابّة هو عليها، فهو له؛ اعتباراً بالظاهر، كما في درر الحكام٢: ١٣٠.

(٢) لأنَّه لا ولاية له عليه من الملك والقرابة والسلطنة، والتصرّف على الصغير إنَّما هو بالولاية، ولا يزوِّجه إلا الحاكم، كما في الجوهرة١: ٣٥٥.

(٣) لأنَّ ولايته ضعيفة بمنزلة ولاية الأم؛ لأنَّ ولايةَ التصرّف لتثمير المال، وذلك يتحقّق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة، والموجودُ في كلِّ واحد من الملتقط والأم أحدهما؛ لأنَّ للمُلتَقِط رأياً كاملاً ولا شفقةَ له، وللأمّ شفقة كاملة ولا رأي لها، كما في الهداية والعناية٦: ١١٦.

(٤) لأنَّه نفعٌ محضٌ؛ ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلاً وتملكه الأم ووصيها، كما في العناية٦: ١١٧.

(٥) لأنَّه باب تثقيفه واستجلاب المنافع له، كما في الجوهرة١: ٣٥٥؛ ولأنَّ ذلك ليس من باب الولاية عليه، بل من باب إصلاح حاله وإيصال المنفعة المحضة إليه من غير ضرر، فأشبه إطعامه وغسل ثيابه، كما في البدائع٦: ١٩٩.

(٦) قال صاحب الهداية٦: ١١٧: «هذا رواية القدوريّ ﷺ؛ لأنَّه يرجع إلى تثقيفه، وفي الجامع الصغير: لا يجوز أن يؤاجره، ذكره في الكراهية، وهو الأصح؛ لأنَّه لا يملك إتلاف منافعه فأشبه العم، بخلاف الأم»؛ لأنَّها تملك إتلاف منافعه، فإنَّها تملك

كتابُ اللقطة

اللقطةُ أَمانةٌ في يد الملتقط إذا أشهد المُلْتَقِطُ أَنَّه يأخذُها ليحفظها ويردَّها على صاحبِها

كتابُ اللقطة

(اللقطةُ[1] **أَمانةٌ في يد الملتقط إذا أشهد**[2] **المُلْتَقِطُ أَنَّه يأخذُها ليحفظها ويردَّها على صاحبِها)**[3]؛ لأنَّه أخذها حسبة وتبرّعاً، بخلاف لو لم يشهد أنَّه

استخدام ولدها وإجارته، كما في العناية٦: ١١٧.

(١) اللقطة: وهو عبارةٌ عن مالٍ يوجد ضائعاً لا يعرفُ مالكه، وليس له بمباح، كما في البحر٥: ١٦١.

(٢) ويكفيه في الإشهاد أن يقول: مَن سمعتموه ينشد لقطة فدلوه عليّ، كما في شرح الوقاية٣: ٢٧١.

(٣) لأنَّ الأخذَ على هذا الوجه مأذونٌ فيه شرعاً، بل هو الأفضل عند عامة العلماء، وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه، وكذلك إذا تصادقا أنَّه أخذها للمالك؛ لأنَّ تصادقهما حجة في حقّهما فصار كالبيّنة، ولو أقر أنَّه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع؛ لأنَّه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع، وإن لم يشهد الشهود عليه، وقال الآخذ: أخذته للمالك، وكذَّبه المالكُ، يضمن عند أبي حنيفة ومحمّد ﵄؛ لأنَّه أقرّ بسبب الضمان، وهو أخذ مال الغير وادّعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه، وفيه وقع الشكّ فلا يبرأ، وقال أبو يوسف ﵁: لا يضمن، والقول قوله؛ لأنَّ الظاهرَ شاهدٌ له لاختياره الحسبة دون المعصية، كما في الهداية٦: ١١٨، وفي التصحيح ص٣٠٥: «قال الإسبيجابي: وهذا قول أبي حنيفة ﵁، فإن تركَ الإشهادَ على ذلك وأخذها ليردّها، والصحيحُ قول أبي حنيفة ﵁، واعتمده البرهانيّ والنسفيّ وصدرُ الشريعة».

يضمن[1]؛ لأنَّ الأصلَ في الأخذ أن يكون لنفسه، وقد صادف مال الغير.

وقالا: الإشهادُ ليس بواجب، والقول له مع يمينه إن أخذها للردّ؛ لأنّه مندوبٌ إلى الأخذ، فلا يتعلّق بفعله الضمان، وللشافعي ﷺ قول كقول أبي حنيفة ﷺ وآخر كقولهما.

(**فإن كانت أَقلّ من عشرةِ دراهمٍ عَرَّفها**[2] **أَيّاماً، وإن كانت عشرة فصاعداً عَرَّفها حولاً**)؛ لأنَّ المالَ كلّما ازداد ازداد خطره، والأصل فيه قوله ﷺ: «مَن التقط

(1) وقيّده قاضي خان في فتاواه3: 290: فيمن لم يجد عند رفع اللقطة من يُشهده، أو خاف عند الإشهاد أخذ الظالم، فترك الإشهاد، لا يضمن.

(2) والمرادُ بالتعريف: أن ينادي: إني وجدت لقطة لا أدري مالكها، فليأت مالكها وليصفها لأردها عليه، واختلفوا في مدّة التعريف، والصحيح: أنّها غير مقدرة بمدة معلومة، بل هي مفوَّضة إلى رأي الملتقط، فيعرِّفُها إلى أن يغلبَ على ظنِّه أنّها لا تطلبُ بعد ذلك، وقدَّرها محمّد ومالك والشَّافِعيّ ﷺ بحول من غير فصل، كما في شرح الوقاية3: 271، قال في الهداية2: 175: «وهذه رواية عن أبي حنيفة ﷺ ـ يعني هذا التفصيل المذكور في الكتاب ـ وقدَّره محمّد ﷺ في الأصل بالحول من غير تفصيل بين الكثير والقليل... وقيل: الصحيح أنَّ شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم، ويفوّض إلى رأي المُلتَقِط، يُعرّفها إلى أن يغلب على ظنه أنَّ صاحبَها لا يطلبها بعد ذلك، ثم يتصدق به..الخ، قال الشارح ﷺ: وهذا اختاره شمسُ الأئمة ﷺ، قال ابنُ قطلوبغا في التصحيح ص304-305: «قال في الينابيع: وعليه الفتوى، وقال في الجواهر: والأصح أنَّ التقدير غير لازم، والصحيح أنَّ التقدير في مدة التعريف غير لازم بل

لقطةً يسيرة درهماً أو حبلاً أو شبه ذلك فليعرّفه ثلاثة أيام»[1]، نبَّه على أنَّ التعريفَ على قدر المال، فمَن سوَّى بين القليل والكثير، فقد خالف النصّ.

(**فإن جاءَ صاحبُها دَفَعَ إليه وإلاّ تَصَدَّقَ بها**)؛ لقوله ﷺ في حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «مَن التقط شيئاً فليعرّفه سنة، فإن جاء صاحبها فليردّه إليه، وإن لم يأت فليتصدَّق بها»[2].

مفوض إلى رأي الملتقط، وقال الإمام المحبوبي: وعُرِّفَت مدةً لا تطلب بعدها في الصحيح، وفي المضمرات: وعليه الفتوى»، وفي الجوهرة١: ٣٥٦: «وعليه الفتوى»، وهو خلاف ظاهر الرواية من التقدير بالحول في القليل والكثير، كما ذكره الإسبيجابي، كذا في البحر٥: ١٦٤، قال ابن عابدين في رد المحتار٣: ٣٢٠: «والمتون على قول السرخسي رضي الله عنه، والظاهر أنَّه رواية أو تخصيص لظاهر الرواية بالكثير».

(١) فعن يعلى رضي الله عنه، قال ﷺ: (مَن التقط لقطة يسيرة درهماً أو حبلاً أو شبه ذلك فليعرّفه ثلاثة أيام، فإن كان فوق ذلك فليعرّفه سنة) في مسند أحمد٤: ١٧٣، قال الأرنؤوط: «إسناده ضعيف؛ لضعف عمر بن عبد الله بن يعلى».

(٢) فعن أبي هريرة رضي الله عنه، قال ﷺ: (لا تحل اللقطة، مَن التقط شيئاً فليعرّفه سنة، فإن جاءه صاحبها فليردها إليه، وإن لم يأت صاحبها فليتصدق بها، وإن جاءه فليخيره بين الأجر وبين الذي له) في سنن الدارقطني٤: ١٨٢، والمعجم الصغير١: ٦٢، والمعجم الأوسط٢: ٣٥٣، وضعفه ابن حجر في الدراية٢: ١٤٠، ولكن له شواهد أخرى، كما في مسند أحمد٤: ١٧٣، وينظر: نصب الراية٣: ٤٦٦، وعن عياض بن حمار رضي الله عنه، قال ﷺ: (مَن التقط لقطة فليشهد ذا عدل، أو قال: ذوي عدل، ثم لا يكتم ولا يغير، فإن جاء صاحبها فهو أحق بها، وإلاّ فمال الله عز وجل يؤتيه مَن يشاء) في مشكل الآثار٧: ١٥٦، ومعرفة السنن١٠: ٢٩٥، ومسند الطيالسي١: ١٤٦.

(**فإن جاءَ صاحبُها فهو بالخيارِ: إن شاء أَمضى الصدقة، وإن شاء ضَمَّن الملتقط**)[1]؛ لتخيُّره بين الأجر وبين الذي له.

(**ويجوز الالتقاط في الشَّاة والبقر والبعير**)؛ صيانة لمال أخيه.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: لا يجوز في غير الشاة؛ لأنَّه ﷺ: «سئل عن ضالة الشاة، فقال: خذها، فإنَّما هي لك أو لأخيك أو للذئب، وسئل عن ضالة الإبل، فغضب حتى احمرت وجنتاه، وقال ما لك ولها معها حذائها وسقائها ترد الماء، وترعى الشجر، دعها حتى يلقاها رَبُّها»[2]، ولا حُجَّة له فيه؛ لأنَّه ﷺ أَذِن في الشاةِ

---

(١) يعني: إذا جاء صاحب اللقطة بعد ما تصدق بها الملتقط، فهو بالخيار: إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها؛ لأنَّ التصدق لم يحصل بإذنه، فيتوقف على إجازته، والملك يثبت للفقير...، وإن شاء ضمّن المُلتَقِط؛ لأنَّه تصرف في ماله بغير إذنه وهو موجب للضمان، وإذن الشرع لا ينافيه حيث لم يلزمه التصدق بها، وإنَّما أباح له ذلك، فصار كتناول مال الغير حال المخمصة، ولا فرق في ذلك بين أن يتصدّق بأمر القاضي أو بغير أمره في الصحيح؛ لأنَّ أمره لا يكون أعلى من فعله، والقاضي لو تصدّق بها كان له أن يضمنه، فكذا له أن يُضمّن مَن أمره القاضي، وله أن يُضمّن الفقيرَ؛ لأنَّه أخذ ماله لنفسه بغير إذنه، ولا يرجع الفقير على الملتقط بما لحقه من الضمان، ولا الملتقط يرجع على الفقير، هذا إذا هلكت العين في يد الفقير، وإن كانت قائمة أخذها صاحبها إن لم يمض الصدقة؛ لأنَّه وجد عين ماله، كما في التبيين٣: ٣٠٤-٣٠٥.

(٢) فعن زيد بن خالد الجهني ﷺ: (إنَّ النبيّ ﷺ سأله رجل عن اللقطة، فقال: اعرف وكاءها، أو قال: وعاءها وعفاصها، ثم عرّفها سنة، ثم استمتع بها، فإن جاء ربّها فأدّها

فإن أَنْفَقَ المُلتقطُ عليها بغير إذن الحاكم فهو مُتبرِّع، وإن أنفقَ بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها، وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه: فإن كان للبهيمة منفعة آجرها وأَنْفَقَ عليها من أُجرتها، وإن لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرقَ النَّفقةُ قيمتَها باعها وأَمره بحفظِ ثمنها

للخوف عليها، ولم يأذن في الإبل؛ طمعاً في وجدان صاحبها، ونحن نقول: إن كان يرجى أن يلقاها صاحبها فلا يأخذها، والكلام في حالة الخوف.

(**فإن أَنْفَقَ المُلتقطُ عليها بغير إذن الحاكم فهو مُتبرِّع**)[1]؛لأنَّه أنفق بغير إذن المالك، (**وإن أنفقَ بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها**)؛ لأنَّ إذنه كإذن المالك.

(**وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه:**

فإن كان للبهيمة منفعة آجرها وأَنْفَقَ عليها من أُجرتها[2].

وإن لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرقَ النَّفقةُ قيمتَها باعها وأَمره بحفظِ ثمنها[3].

إليه، قال: فضالة الإبل؟ فغضب حتى احمرت وجنتاه، أو قال: احمر وجهه، فقال: وما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها تَرِدُ الماء وترعى الشجر فذرها حتى يلقاها ربها، قال: فضالة الغنم؟ قال: لك أو لأخيك أو للذئب) في صحيح البخاري١: ٤٦.

(١) لقصور ولايته عن ذمة المالك، وإن أنفق بأمر الحاكم كان ذلك ديناً على صاحبها؛ لأنَّ للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له، وقد يكون النظر في الإنفاق، كما في الهداية٦: ١٢٥.

(٢) يعني: إذا كانت اللُّقطةُ شيئاً له منفعةٌ يمكن إجارتها كالحيوان الذي يركبُ أجّره وأنفقَ عليهما من أجرته، فإنَّ فيه بقاءَ العين على ملكِ المالكِ من غير إلزامِ الدَّين عليه، كما في عمدة الرعاية٢: ٣٨٨.

(٣) لأنَّ القاضي ناظرٌ محتاطٌ، فله أن يختارَ أصلح الأمرين، كما في الجوهرة١: ٣٥٧.

وإن كان الأصلحُ الإنفاق عليها أَذِن في ذلك وجَعِل النفقةَ دَيْناً على مالكها، فإن حضرَ مالكها فللملتقط أن يمنعَه منها حتى يأخذَ النفقة

وإن كان الأصلحُ الإنفاق عليها أَذِن في ذلك وجَعِل النفقةَ دَيْناً على مالكها)[1]؛ لأنَّ القاضي نُصِب لمصالح المسلمين، فيفعل بمقتضىٰ المصلحة.

(فإن حضرَ مالكها فللملتقط أن يمنعَه منها حتى يأخذَ النفقة)[2]؛ لأنَّها صارت دَيناً عليه بإذن الحاكم، فإذا ثبت له فيها حقّ، كان له الحبس كالبائع.

---

(١) لأنَّه نصب ناظراً، وفي هذا نظر من الجانبين، قالوا: إنَّما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام علىٰ قدر ما يرىٰ رجاء أن يظهر مالكها، فإذا لم يظهر يُأمر ببيعها؛ لأنَّ دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الإنفاق مدة مديدة، وفي الأصل: شُرِطَ إقامةُ البيّنة وهو الصحيح؛ لأنَّه يحتمل أن يكون غصباً في يده فلا يأمر فيه بالإنفاق، وإنَّما يُأمر به في الوديعة، فلا بُدّ من البيّنة لكشف الحال، وليست البينة تقام للقضاء، وإن قال: لا بينة لي، يقول القاضي له: أنفق عليه إن كنت صادقاً فيما قلت حتىٰ ترجع علىٰ المالك إن كان صادقاً، ولا يرجع إن كان غاصباً، وقوله في الكتاب: وجعل النفقة ديناً علىٰ صاحبها إشارة إلىٰ أنَّه إنَّما يرجع علىٰ المالك بعد ما حضر، ولم تبع اللقطة إذا شَرَطَ القاضي الرجوع علىٰ المالك، وهذه رواية، وهو الأصحّ، كما في الهداية٦: ١٢٦-١٢٧.

(٢) التي أنفقها عليها؛ لأنَّها حييت بنفقته، فصار كأنَّه استفاد الملك من جهته، فأشبه المبيع، كما في الجوهرة١: ٣٥٧، وفي الوقاية وشرحها٣: ٢٧٣: «للمنفق حبسها لأخذ نفقته، فإن هلكت بعد حبسه سقطت النفقة؛ لأنَّه إذا حبسها للنفقة صارت كالرّهن، وهو مضمون بالدَّين، وإن هلكت قبل الحبس لا تسقط النفقة»، هكذا ذكر في الهداية٢: ١٧٧، قال في الفتح٥: ٣٥٦: «لم يحك فيه خلاف، وكذا حافظ الدين في الكافي أيضاً، فيفهم أنَّه المذهب، وجعل القُدُوري هذا قول زفر ﷺ، وحكىٰ في الينابيع عن علمائنا الثلاثة عدم السقوط، ووجهه: أنَّ الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهناً ليسقط

ولقطةُ الحلِّ والحرم سواء، وإذا حضر رجلٌ فادّعى أنَّ اللقطةَ له لم تدفع إليـه حتـى يقيم البيِّنة

(**ولقطةُ الحلِّ والحرم سواء**)[1]؛ لأنَّ عصمةَ المال لا تتفاوت في المحلّين.

وعند الشَّافِعيّ ﷺ: يجب تعريفها أبداً، فلا تملك؛ لقوله ﷺ: «لا يحلّ لقطتها إلا لمنشد»[2]، إلاّ أنَّه لا حُجّة له فيه؛ لأنَّه يقتضي الحلّ، والتمليك لَمن أنشد، وتخصيص الحرم بذلك؛ لأنَّ الغالب أن لقطتَها تكون للغريب، والغريبُ لا يوجد إلا بالإنشاد.

(**وإذا حضر رجلٌ فادّعى أنَّ اللقطةَ له لم تدفع إليه حتى يقيم البيِّنة**)[3]؛

بهلاكها»، ونقل صاحب الشرنبلالية ٢: ١٣١عن العلامة قاسم بن قطلوبغا: أنَّ ما في الهداية٢: ١٧٧ ليس مذهباً لأحد من علمائنا الثلاثة، وإنَّما هو قول زفر ﷺ ولا يساعده الوجه، وقال المقدسي: ويمكن أن يكون عن علمائنا فيه رواية أو اختار صاحبُ الهداية قول زفر ﷺ، كما في رد المحتار٣: ٣٢٢.

(١) لأنَّها لقطة؛ وفي التصدّق بعد مدّة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه، يعني من حيث تحصيل الثواب، فيملكه كما في سائر اللقطات، وتأويل ما روي أنَّه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف، والتخصيص بالحرم؛ لأنَّ مكة شرّفها الله ﷻ مكان الغرباء؛ لأنَّ الناس يأتون إليها من كل فج عميق، ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع إليها، فالظاهر أنَّها للغرباء لا يظن عودهم في سنة وأكثر، فينبغي أن يسقط التعريف؛ لعدم الفائدة، فأزال رسول الله ﷺ ذلك الوهم بقوله: (لا يحل رفع لقطتها إلا لمعرّفها)، كما هو الحكم في غيرها من البلاد، كما في الهداية والعناية٦: ١٢٨-١٢٩.

(٢) فعن ابن عبّاس ﷺ، قال ﷺ: (لا يعضد عضاها، ولا يُنفر صيدها، ولا تحلّ لقطتها إلا لمنشد، ولا يختلىٰ خلاها) في صحيح البُخاري٢: ٨٥٨، وصحيح مسلم٢: ٩٨٨.

(٣) لأنَّه مدَّع فلا يصدَّق بغير بيِّنة، إلاّ أنَّه إذا دفعها إليه جاز، كما في الجوهرة١: ٣٥٧.

فإن أعطى علامتها حلّ للمُلْتَقِطَ أن يدفعَها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء، ولا يتصدَّق باللقطة على غنيٍّ، وإن كان الملتقطُ غنيّاً لم يجز له أن ينتفعَ بها، وإن كان فقيراً فلا بأس له أن ينفقها

اعتباراً بسائر الدعاوىٰ، (**فإن أعطى علامتها حلّ للمُلْتَقِطَ أن يدفعَها إليه**)؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّه مالكها.

(**ولا يجبر على ذلك في القضاء**)؛ لأنَّ غيرَ المالك قد يعرف أوصاف المال.

(**ولا يتصدَّق باللقطة على غنيٍّ**)؛ لقوله ﷺ: «لا تَحِلّ الصدقةُ لغنيٍّ»[1]، (**وإن كان الملتقطُ غنيّاً لم يجز له أن ينتفعَ بها**)[2]؛ لأنَّه ليس بمحلّ الصدقة، والانتفاع بمال الغير بغير إذنه حرام.

(**وإن كان فقيراً فلا بأس له أن ينفقها**)[3] بعد التعريف؛ لأنَّ سبيلَها سبيل الصدقة، والصدقة حلالٌ له.

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: يجوز للغنيّ أن ينتفعَ بها بعد الحول، فتكون قرضاً عليه؛ لقوله ﷺ للملتقط: «فإن جاءَ صاحبُها وإلا فشأنك بها»[4]، إلاّ أنَّ الحديثَ

---

(١) فعن عبد الله بن عمرو ﷺ، قال: (لا تحلّ الصدقة لغني) في سنن الترمذي٣: ٤٢، وسنن أبي داود١: ٥١٤، وسنن النسائي الكبرىٰ٢: ٥٤.

(٢) لأنَّه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه؛ لإطلاق النصوص، والإباحة للفقير، فيبقىٰ ما وراءه علىٰ الأصل، والغنىٰ محمولٌ علىٰ الأخذ؛ لاحتمال افتقاره في مدّة التعريف، والفقير قد يتوانىٰ لاحتمال استغنائه فيها، كما في العناية٦: ١٣١.

(٣) أي: ينتفع الملتقط باللقطة بأن يتملّكها بشرط كونه فقيرا نظراً من الجانبين كما جاز الدفع إلىٰ فقير آخر، كما في البحر٥: ١٧٠.

(٤) فعن زيد بن خالد ﷺ، قال: (جاء رجل إلىٰ رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال:

ساكت عن محلّ الخلاف، فيحتمل فشأنك بها في الصدقة، أو في الحفظ، والمحتمل لا يكون حجّة.

(**ويجوز أن يتصدَّقَ بها إذا كان غنيّاً على أَبيه وابنه وزوجته إذا كانوا فقراء**)[1]؛ لأنَّه نائبٌ في التصدق، وهم محلٌّ لها، والله أعلم.

***

اعرف عفاصها ووكاءها، ثمّ عرّفها سنة، فإن جاء صاحبُها وإلا فشأنك بها) في صحيح البخاري٢: ٨٣٦.

(١) الحاصل أنَّ أقارب الملتقط وأصوله وفروعه وزوجته كالأجنبي؛ لأنَّ الجواز للفقر وهو موجود في الكل، كما في البحر٥: ١٧١.

كتابُ الخنثى

إذا كان للمولود فرجٌ وذكرٌ فهو خنثى فإن كان يبولُ من الذَّكر فهو غلام، وإن كان يَبول من الفَرج فهو أُنثى، فإن كان يبولُ منهما والبولُ يَسْبِقُ من أَحدِهما نُسِبَ إلى الأَسبق

كتابُ الخنثى[1]

(**إذا كان للمولود فرجٌ وذكرٌ فهو خنثى فإن كان يبولُ من الذَّكر فهو غلام، وإن كان يَبول من الفَرج فهو أُنثى**)؛ لقوله ﷺ: «يُورَّث الخُنثى من حيث يبول»[2]، وعن عليٍّ رضي الله عنه[3] وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل ذلك.

(**فإن كان يبولُ منهما والبولُ يَسْبِقُ من أَحدِهما نُسِبَ إلى الأَسبق**)[4]؛ لأنَّ

---

(١) الخنثى: مَن له فرج المرأة وذكر الرَّجل، ويلحق به مَن عري عن الآلتين جميعاً، وهو في اللغة يدلّ على التكسر واللين، ومنه يقال تخنَّث في كلامه، إذا لان وتكسر، وعلامة تمييز الرجل والمرأة الآلة؛ لأنَّ البول من أي عضو كان فهو دليل على أنَّه هو العضو الأصلي الصحيح، والآخر بمنزلة العيب، وذلك إنَّما يقع به الفصل عند الولادة؛ لأنَّ منفعةَ تلك الآلة خروج البول منها، وذلك عند انفصاله من أمّه، وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك أنَّه هو الأصليّ، كما في التبيين٦: ٢١٤-٢١٥.

(٢) فعن ابن عباس رضي الله عنهما في الرَّجل يكون له قبل ودبر، قال ﷺ: (يُورَّث من حيث يبول) في معرفة السنن١٠: ٤٠٧.

(٣) فعن علي رضي الله عنه: «أنَّه وَرَّث خنثى ذكراً من حيث يبول» في مصنف عبد الرزاق١٠: ٣٠٨، وعن علي رضي الله عنه: «سئل عن المولود لا يدرى أرجل أم امرأة؟ فقال: يُورَّث من حيث يبول» في سنن البيهقي الكبير٦: ٢٦١.

(٤) لأنَّ السبقَ من أسبابِ الترجيح، فدلَّ السبق على أنَّه هو المجرى الأصلي، وخروجه

وإن كانا في السَّبق سواء فلا عبرة بالكثرة عند أبي حنيفة ﷺ، وقالا: ينسب إلى أكثرهما، وإذا بلغ الخنثى وخرجَت له لحية، أو وَصَلَ إلى النِّساء فهو رجل

الأسبقَ يدلُّ على أنَّه المخرجُ الأَصليّ وغيره عارض.

(**وإن كانا في السَّبق سواء فلا عبرة بالكثرة عند أبي حنيفة ﷺ**)[1]؛ لأنَّها غير معتبرة في الترجّح إذا كان من جنس واحد، كالخصمين إذا أقام أحدُهما شاهدين والآخر أربعة أو أكثر.

وعن أبي حنيفة ﷺ: هل رأيت حاكماً يزن البول.

(**وقالا: ينسب إلى أكثرهما**)[2]؛ لأنَّها تدلّ على المخرج الأصلي.

(**وإذا بلغ الخنثى وخرجَت له لحية، أو وَصَلَ إلى النِّساء فهو رجل**)؛ لأنَّها

بعد ذلك من موضعٍ آخرَ انصرافٌ عن المجرى لعلّةٍ أو عارض، فلا يلتفتُ إليه، غاية البيان؛ فعن قتادة قال: سجن جابر بن زيد زمن الحجاج، فأرسلوا إليه يسألونه عن الخنثى كيف يورث؟ فقال: تسجنونني وتستفتونني، ثم قال: انظروا من حيث يبول، فورثه منه، قال قتادة: فذكرت ذلك لسعيد بن المسيب قال: «فإن بال منهما جميعاً»، قلت: لا أدري، فقال سعيد: «يورث من حيث يسبق» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٤٢٧.

(١) لأنَّ كثرةَ الخروجِ لا تدلّ على القوة؛ لأنَّه قد يكون لاتِّساع في أحدهما وضيقٍ في الآخر، وإن كان يخرجُ منهما على السواءِ فهو مشكلٌ بالاتّفاق؛ لأنَّه لا مرجّح هاهنا، كما في الهداية٤: ٢٦٦، قال في التصحيح: «ورجَّح دليل الإمام في الهداية والشروح، واعتمده المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة»، كما في اللباب١: ٣٦١.

(٢) لأنَّ كثرةَ البولِ علامةُ قوَّة ذلك العضو، وكونه عضواً أصلياً؛ ولأنَّ للأكثرِ حكمُ الكلِّ في أصولِ الشرع، فيترجَّحُ بالكثرة، كما في الهداية٤: ٢٦٦.

وإن ظَهَرَ له ثديٌ كثدي المرأة، أو نَـزَلَ لـه لـبن في ثدييـه، أو حـاض، أو حَبِـل، أو أمكن الوصول إليه من الفرج، فهو امرأة، فإن لم يظهر فيه إحـدى هـذه العلامـات فهو خنثى مشكل، وإذا وقف خلف الإمام قام بين صفِّ الرِّجال والنِّساء

من علامات الرِّجال.

(**وإن ظَهَرَ له ثديٌ كثدي المرأة، أو نَـزَلَ لـه لـبن في ثدييـه، أو حـاض، أو حَبِل، أو أمكن الوصول إليه من الفـرج، فهـو امـرأة**)؛ لأنَّهـا دلالـة ظـاهرة علىٰ الأنوثة.

(**فإن لم يظهر فيه إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل**)؛ لأنَّ المشكلَ ما لا دليل عليه.

(**وإذا وقف خلف الإمام قـام بـين صـفِّ الرِّجـال والنِّـساء**)[1]؛ لاحـتمال الأمرين[2] فيه، فإن كان رجلاً لا يجوز دخوله في صـفّ النـساء، وإن كـان أنثـىٰ لا يجوز دخوله في صفِّ الرِّجال.

---

(١) الأصل فيه: أنَّ يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدِّين، وأن لا يحكـم بثبـوت حكمٍ وقع الشكُّ في ثبوته، وبناء المسائل الـذي شرع فيـه علىٰ هـذا البنـاء، وإنَّـما قلنـا بالوقوف بين الصَّفين؛ لاحتمال أنَّه امرأة فلا يتخلَّل الرِّجال كيلا تفـسد صـلاتهم، ولا يتخلَّل النِّساء؛ لاحتمال عكسه، فيفسد صـلاته، كـما في حـسن الدرايـة، ويـستحبّ أن يُصلّي بقناع؛ لاحتمال أنَّه امرأة، ولو كان بالغاً حراً يجب عليه ذلك، ويجلس في صـلاته جلوس المرأة؛ لأنَّه إن كان رجلاً فقد ترك سنة، وهو جائز في الجملـة، وإن كـان امـرأة فقد ارتكب مكروهاً بجلوسه جلوس الرِّجال، كما في التبيين٦: ٢١٥.

(٢) في أ و ب: «الأمر».

وتُبتاع له أَمةٌ؛ لتختنه إن كان له مال، فإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام جارية من بيت المال، فإذا ختنته باعها وردَّ ثمنها إلى بيت المال، فإن مات أَبوه وخلَّفَ ابناً وخُنثى فالمال بينهما عند أبي حنيفة ﷺ على ثلاثة أَسْهُم: للابن سهمان وللخنثى سَهْم، وهو أُنثى عنده في الميراث إلاّ أن يثبت غير ذلك فيُتَّبَع

(**وتُبتاع**[1] **له أَمةٌ؛ لتختنه إن كان له مال**)؛ لأنَّه كيف ما كان جاز لها النَّظر للحاجة.

(**فإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام جارية من بيت المال، فإذا ختنته باعها وردَّ ثمنها إلى بيت المال**)[2]؛ لأنَّ مالَ بيت المال معدٌّ لمصالح المسلمين، ولا مضرّة في ذلك على بيت المال.

(**فإن مات أَبوه وخلَّفَ ابناً وخُنثى فالمال بينهما عند أبي حنيفة ﷺ على ثلاثة أَسْهُم: للابن سهمان وللخنثى سَهْم، وهو أُنثى عنده في الميراث**[3] **إلاّ أن يثبت غير ذلك فيُتَّبَع**)؛ لأنَّ ذلك ثابت بيقين والزيادة مشكوك فيها، ولا يحكم بشكّ.

---

(١) أي: تشتري له أمةٌ تختنه إن له مال؛لأنَّه يباحُ لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة، كما في الهداية١: ٢٦٧.

(٢) لأنَّ بيتَ المال أُعِدّ لنوائب المسلمين، فتدخل في ملكه بقدر الحاجة، وهي حاجة الختان، فإذا ختنته تباع، ويردّ ثمنها إلى بيت المال، ولو تزوج امرأة فختنته ثم طلقها جاز؛ لأنَّه إن كان ذكراً صحّ النكاح، وإن كان أُنثى فنظر الجنس أخفّ، ثم يفرق بينهما لاحتمال أنَّه أنثى فلا نكاح بينهما، وَتُطلّق؛ لاحتمال أنَّه ذكر، فيصحّ النكاح بينهما فتحصل الفرقة، ثم تعتدّ إن خلا بها احتياطاً، كما في التبيين٦: ٢١٥.

(٣) والأصل عنده: أنَّ له أسوأ الحالين من الذكورة والأنوثة، ويتصوَّر في ذلك أربع صور:

وقالا: للخنثى نصفُ ميراث الذكر، ونصفُ ميراث الأُنثى، وهو قولُ الشَّعبيّ ، واختلف أبو يوسف ومُحمَّد في قياس قول الشَّعبيّ، فقال أبو يوسف : المال بينهما على سبعة أسهم: للابن أربعة وللخنثى ثلاثة

(**وقالا: للخنثى نصفُ ميراث الذكر، ونصفُ ميراث الأُنثى، وهو قولُ الشَّعبيّ**)؛ لأنَّه إن كان ذكراً فله سهم كاملٌ، وإن كان أنثى فله نصف سهم، ولا يستحقّ إلا في حالة واحدة، فيحكم بما ذكرنا عملاً بالدليلين.

وعند الشَّافِعيّ : لكلّ واحد ما يستحقُّه بيقين، فللابن النصف، وللخنثى الثلث، ويوقف السُّدس إلى أن يظهر حاله، أو يصطلحا؛ اعتباراً لليقين من الجانبين، وفي ذلك تضييع مالهما؛ لأنَّ الكلامَ فيما إذا بلغ الخنثى حدّاً لا يظهر حكمه بعد ذلك، وقد لا يصطلحان أبداً.

(**واختلف أبو يوسف ومُحمَّد في قياس قول الشَّعبيّ، فقال أبو يوسف : المال بينهما على سبعة أسهم: للابن أربعة وللخنثى ثلاثة**)[1]؛ لأنَّ للخنثى

الأولى: أنّ يكون إرثُه في حال الأُنوثة أَقَلّ فينزل أُنثى، كما في مسألة المتن.
والثانية: أن يكون في حالِ الذكورةِ أَقلّ: كزوج وأُمّ وخُنثى شقيق أو لأب فينزل ذكراً.
والثالثة: أن يكون محروماً في حال الأنوثة: كشقيقتين وخنثى لأب فيحرم.
والرابعة: أن يكون محروماً في حال الذكورة: كزوج وشقيقة وخنثى لأب فيحرم أيضاً، كما في اللباب١: ٣٦٣.

(١) فسّره أبو يوسف ثلاثة من سبعة؛ لأنَّه له الكل على تقدير الذكورة، والنصف على تقدير الأنوثة، فصار واحداً ونصفاً، فنصفه ثلاثة الأرباع، فيكون للابن الكل إن كان منفرداً، وللخنثى ثلاثة الأرباع، فالمخرج أربعة، فالكل أربعة، وثلاثة الأرباع ثلاثة، صار سبعة بطريق العول للابن أربعة، وللخنثى ثلاثة، كما في شرح الوقاية٥: ٢١٩.

حالتين الذكورة والأنوثة، وأقلُّ عدد له نصف صحيح اثنان، وضعفُه أربعة، فله نصف الحالين، وهو ثلاثة، وحال الابن متحدة فله أربعة.

(**وقال مُحمَّد ﷺ: المالُ بينُهما على اثنى عشر سهماً: للابن سبعة، وللخنثى خمسة**)[1]؛ لأنَّ للابن ستّة بيقين، وللخنثى أَربعةٌ بيقين، بقي سهمان هما يتنازعانهما، فمن زعم الابن أنَّه يستحقُّهما لكون الخنثى أنثى، ومن زعم الخنثى أنَّه يستحقهما لكونه ذكراً مثل أخيه، فيقسمان بينهما، وإنَّما جعل من اثني عشر سهماً؛ ليتنصف الباقي بعد النَّصيبين.

* * *

(١) فسَّره محمد ﷺ بأنَّه خمسة من اثني عشر؛ لأنَّه يستحقّ النصف مع الابن إن كان ذكراً، والثلثُ إن كان أنثى، والنصف والثلث خمسة من ستة، فله نصف ذلك، وهو اثنان ونصف من ستة وقع الكسر بالنصف، فضرب في اثنين صار خمسة من اثني عشر، وهو نصيب الخنثى، والباقي وهو السبعة نصيب الابن، كما في شرح الوقاية٥: ٢١٩.

كتابُ المفقود

إذا غاب الرَّجلُ فلم يُعْرَف له موضعٌ ولم يُعْلَمْ أَنَّه حَيٌّ أم مَيِّتٌ نَصَّبَ القاضي مَن يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقوقه، ويُنْفِقُ على زوجتِه وأَولاده من مالِهِ

كتابُ المفقود[1]

(**إذا غاب الرَّجلُ فلم يُعْرَف له موضعٌ ولم يُعْلَمْ أَنَّه حَيٌّ أم مَيِّتٌ نَصَّبَ القاضي مَن يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقوقه**)[2]؛ لأنَّ الغائبَ عاجزٌ عن حفظ حقوقه وماله، فناب القاضي منابه كالصّبيّ والمجنون.

(**ويُنْفِقُ على زوجتِه وأَولاده**[3] **من مالِهِ**)[4]؛ لأنَّ حَقَّهم ثابتٌ في مالِهِ، حتى

---

(١) المفقود: وهو الغائب الذي انقطع خبره ولا ندري حياته ولا موته، كما في شرح السراجية ص١٥١، والفوائد البهية ص٦٤.

(٢) لأنَّ القاضي نصّب ناظراً لكلّ عاجز عن النظر لنفسه، والمفقود بهذه الصفة، وصار كالصبي والمجنون، وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له، وقوله: يستوفي حقّه، لا خفاء أنَّه يقبض غلاته والدين الذي أَقَرّ به غريمٌ من غرمائه؛ لأنَّه من باب الحفظ، ويُخاصم في دين وجب بعقده؛ لأنَّه أصيل في حقوقه، ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود، ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل؛ لأنَّه ليس بمالك ولا نائب عنه إنَّما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي، وأنَّه لا يملك الخصومة بلا خلاف، كما في الهداية٦: ١٤١.

(٣) الأصلُ: أنَّ كلَّ مَن يستحقّ النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته؛ لأنَّ القضاء حينئذ يكون إعانة، وكلّ مَن لا يستحقّها حال حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته؛ لأنَّ النفقةَ حينئذ تجب بالقضاء، والقضاء على الغائب لا يجوز، فمن الأولى الأولاد الصغار والإناث من أولاده الكبار والزمنى من الذكور الكبار، ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة، كما في الجوهرة١: ٣٦٠.

(٤) يعني: الدراهم والدنانير والكسوة والمأكول، فأما ما سوى ذلك من الدور والعقار

أنَّ لهم أخذُه بغيرِ قضاءِ القاضي، فبالقضاء أولى.

(**ولا يفرَّق بينه وبين امرأته**[1]**، ولا يقسم ماله بين الورثة**)؛ لاحتمال حياته، وقال عَلِيٌّ ﷺ فيما روى أبو حنيفة ﷺ بإسناده عنه في امرأةِ المفقود: «أنَّها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق»[2].

والحيوان والعبيد فلا يباع إلا الأب، فإنَّه يبيع المنقول في النفقة عند أبي حنيفة ﷺ، ولا يبيع غير المنقول، وعندهما لا يبيع شيئاً، كما في الجوهرة١: ٣٦٠.

(١) لأنَّ النكاح عرف ثبوته، والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال، فلا يُزال النكاح بالشكِّ، فالنكاحُ معلومٌ بيقين، فلا يُزال إلا بيقين، كما في البحر الرائق٥: ١٧٨.

(٢) فعن عليّ ﷺ: «امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق» في مصنف عبد الرزاق٧: ٩٠، ومصنف ابن أبي شيبة ٧: ٩٠، وسنن البيهقي الكبرى ٦: ١٥٨، ٧: ٤٤٦، وقال البيهقي: هو عن علي ﷺ مشهور وروي عنه من وجه ضعيف ما يخالفه وهو منقطع، وينظر: تلخيص الحبير ٣: ٣٢٧، وفي رواية عنه: «تتربص حتى تعلم أحي هو أم ميت» في مصنف عبد الرزاق٧: ٩٠، وعن ابن جريج ﷺ، قال: «بلغني أنَّ ابنَ مسعود ﷺ وافق علياً ﷺ على أنَّها تنتظره أبداً» في مصنف عبد الرزاق٧: ٩٠، وعن أبي قلابة وجابر بن زيد والشعبيّ والنّخعي كلُّهم ﷺ قالوا: «ليسَ لها أن تتزوَّجَ حتى يتبيّنَ موته» في مصنف ابن أبي شيبة٣: ٥٢١، وقال ﷺ في امرأة المفقود: (إنَّها امرأته حتى يأتيها البيان) أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب ثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة، قال الزيلعي في نصب الراية٤: ٣٨٥-٣٨٦: وهو حديث ضعيف بمحمد بن شرحبيل، قال ابن أبي حاتم عن أبيه: أنَّه يروي عن المغيرة

فإذا تَمَّ له مئةٌ وعشرون سنةً من يوم وُلِد حُكِم بموته، واعتدت امرأته، وقُسِم مالُه بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت، ومَن مات منهم قبل ذلك لم يَرِث منه

(**فإذا تَمَّ له مئةٌ وعشرون سنةً**[1] **من يوم وُلِد حُكِم بموته، واعتدت امرأته، وقُسِم مالُه بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت**)؛ لأنَّ الظاهرَ أن لا يعيش أكثر من ذلك، فيترتب عند ذلك أحكام الموت.

(**ومَن مات منهم قبل ذلك لم يَرِث منه**)؛ لاحتمال أنَّه حيّ.

مناكير أباطيل. وقال ابن القطان: وسوار بن مصعب أشهر في المتروكين منه. وقال ابن الهمام فتح القدير ٦: ١٤٦: «الحاصل: أنَّ المسألة مختلفة بين الصحابة ﷺ... والشأن في الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجّحاً لا مثبتاً بالأصالة، وما ذكر من موافقته ابن مسعود ﷺ مُرجّح آخر».

(١) اعترضَ صاحبُ البحر٥: ١٧٨على مَن أفتى باعتبار تسعين: كصاحب الكنز ص٩٣، والوقاية، والكافي، والذخيرة، وغيرهم، ومَن اختارَ اعتبارَ سبعين: كابنِ الهُمام، ومَن اختارَ اعتبارَ ستّين، وغيرهم ممّن اعتبروا مدّة خاصَّةً بقوله: العجبُ كيف يختارون خلافَ ظاهرِ المذهبِ مع أنَّه واجبُ الاتّباع على مقلِّدي أبي حنيفة ﷺ، وأجابَ عنه صاحب النّهر: بأنَّ التّفحّص عن موتِ الأقرانِ غيرُ ممكنٍ أو فيه حرجٌ عظيم، فعن هذا اختاروا تقديرَه بالسنّ، وحقَّقَ صاحبُ ردّ المحتار٣: ٣٣١ بأنَّه لا مخالفةَ بين قولِ التَّقديرِ وبين ظاهرِ الرِّواية، بل هو تفسيرٌ لظاهرِ الرِّواية، وهو موت الأقران، لكن اختلفوا فمنهم مَن اعتبرَ أطول ما يعيشُ إليه الأقرانُ غالباً، ثمَّ اختلفوا فيه هل هو تسعون أو مئة أو مئة وعشرون، ومنهم وهم المتأخّرون اعتبروا الغالبَ من الأعمار، أي: أكثرَ ما يعيشُ إليهِ الأقرانُ غالباً لا أطوله فقدَّروه بستّين؛ لأنَّ مَن يعيشُ فوقَها نادر، والحكم للغالب، كما في العمدة٢: ٣٩٣.

(ولا يرث المفقود من أَحدٍ مات في حالِ فقده)[1]؛ لاحتمال أنَّه مات قبل هذا، فلا يثبت الاستحقاق بالشكّ والاحتمال، والمفقودُ حيٌّ في ماله، ميِّتٌ في مال غيره، إبقاءً للأمرين على اليقين، وإضراباً عن الشك والتخمين.

* * *

(1) الأصلُ عندنا: أنَّ ظاهر الحال، وهو الاستصحابُ حجّة للدفع لا للإثبات والاستحقاق، فإذا تمت المدّة فهو في مال نفسه حيّ قبل المدّة، فلا يرثه الوارث الذي كان حياً وقت فقده ثم مات بعد ذلك؛ لأنَّ الظاهر أنَّه كان حياً، فيصلح حجّة لدفع أن يرثه الغير، وفي مال غيره ميت؛ لأنَّ الظاهر لا يصلح حجة لإيجاب إرثه من الغير، فيرد ما وقف للمفقود إلى مَن يرث من مورثه يوم موته، والاستصحاب عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان؛ لعدم الدليل المزيل له، كما في شرح الوقاية3: 227، والبناية6: 69.

كتابُ الإباق

إذا أبق المملوك فردَّه رجلٌ على مولاه من مسيرة ثلاثة أيّام فصاعداً فله عليه الجُعل أَربعون درهماً، فإن ردَّه لأقلّ من ذلك فبحسابه

كتابُ الإباق[1]

(**إذا أبق المملوك فردَّه**[2] **رجلٌ على مولاه من مسيرة ثلاثة أيّام فصاعداً فله عليه الجُعل أَربعون درهماً، فإن ردَّه لأقلّ من ذلك فبحسابه**)[3]؛ لما روى عمرو بن دينار رضي الله عنه أنَّ النبيّ ﷺ: «جعل لِمَن ردَّ آبقاً من مسيرة ثلاثة أيّام ولياليها أربعون درهماً»[4].

---

(١) الآبق: هو المملوك الذي فرَّ من مالكه قصداً، وقد نُدِب أخذه لِمَن قوي عليه، كما في الوقاية وشرحها٥: ٢٧٤، أي: قدر على حفظه وضبطه بالإجماع؛ لما فيه من إحياء حقّ المالك، هذا إذا لم يخف ضياعه، أمّا إن خاف ضياعه فيفرض أخذه، ويحرم أخذه لنفسه، كما في مجمع الأنهر١: ٧٠٩.

وأما الضال: وهو المملوك الذي ضلّ الطريق إلى منزله من غير قصد، فتركه أحبّ؛ لأنَّه لا يبرح من مكانه، فيأتي مالكه فيأخذه، وإن عرف الواجد بيت مالكه، فالأفضلُ أن يوصله، كما في شرح الوقاية٥: ٢٧٤.

(٢) ويستثنى في أخذ عدم أجر الردّ: السلطان ونوابه، وحافظ المدينة، والحارس، ومن هو في عياله، ومَن استعان به، وأحد الزوجين، والشريك، كما في التبيين٣: ٣٠٩.

(٣) أي: لو ردّ الآبق لأقلّ من ثلاثة أيام تقسم الأربعون على الثلاثة لكلّ يوم ثلاثة عشر وثلث؛ إذ هي أقلّ مدّة السفر، وقد استفيد منه أن ما زاد على الثلاث كالثلاث بخلاف ما نقص عنها، كما في البحر٥: ١٧٤.

(٤) فعن عمرو بن دينار: «أنَّ رسول الله ﷺ قضى في الآبق يوجد في الحرم بعشرة

وعن ابن مسعود ﷺ: «أنَّ رجلاً أخبره أنَّ فلاناً قدم بإباق من القوم، فقال بعض القوم: لقد أصاب أجراً، فقال عبد الله ﷺ: وجعلاً إن شاء من كلِّ رأس أربعين درهماً»[1].

وعن عمر وعليّ ﷺ أنَّهما قالا: «جعل الآبق دينار أو عشرة دراهم»[2].

وعن عمار بن ياسر ﷺ أنَّه قال: «إن أخذه من المصر فله عشرة دراهم، وإن أخذه خارج المصر فله أربعون درهماً»[3].

فقد اتفقوا على أصل الوجوب، واختلفوا في قدره، فمَن نفى الوجوب كان مخالفاً للنبيّ ﷺ وأصحابه، والقياس: أن لا يجب شيءٌ، وهو مذهبُ الشَّافِعيّ ﷺ؛ لأنَّه تبرّعٌ من غير شرط، ولا إذن من صاحبه.

(وإن كانت قيمتُه أقلّ من أربعين درهماً قضى له بقيمته إلا درهماً)[4]؛ لأنَّه

دراهم»، وعن محمد أنَّ شريحاً كان يقول: «إذا وجد في المصر فعشرة، وإذا وجد خارجاً فأربعون درهماً»، وغيرها في مصنف عبد الرزاق ٨: ٢٠٧.

(١) فعن أبي عمرو الشيباني، قال: أتيت ابن مسعود ﷺ بأباق أصبتهم بالعين، فقال: «الأجر والغنيمة»، قلت: هذا الأجر، فما الغنيمة؟ قال: «أربعون درهماً» في مصنف عبد الرزاق ٨: ٢٠٨، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ٣٣٠، وينظر: نصب الراية٣: ٤٧٠.

(٢) فعن سعيد بن المسيب: «أنَّ عمر ﷺ جعل في جعل الآبق ديناراً، أو اثني عشر درهماً» في مصنف ابن أبي شيبة ١١: ٢٩٧، وعن علي ﷺ: «في جعل الآبق دينار، قريباً أخذ أو بعيداً» في السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٣٢٩.

(٣) فعن القاسم، عن شريح، أنَّه كان يقول: «إذا أخذ في المصر فعشرة دراهم، وإذا أخذ خارجاً من المصر فأربعون درهماً» في مصنف ابن أبي شيبة ١١: ٢٩٨.

(٤) هذا قول أبي حنيفة ومحمّد ﷺ؛ لأنَّ المقصودَ حمل الغير على الردّ؛ ليحيى مال

وإن أَبِق من الذي ردَّه فلا شيء له، وينبغي أن يُشْهِدَ إذا أخذه أنَّه يأخذه ليردَّه على صاحبه

لو قضىٰ له بالجميع لم يكن في رَدِّه فائدة.

وقال أبو يوسف ﷺ: له أَربعون درهماً؛ لأنَّ السَّلفَ أوجبوا ولم يفصلوا بين قليل القيمة وكثيرها، إلاّ أنَّهم أوجبوا ذلك علىٰ الأصل الأغلب، والأغلب أن لا تنقص قيمة العبد من أربعين درهماً.

(**وإن أَبِق من الذي ردَّه فلا شيء له**)؛ لأنَّه لم يوجد الردّ.

(**وينبغي أن يُشْهِدَ إذا أخذه أنَّه يأخذه ليردَّه على صاحبه**)[1]؛ لما مَرَّ في اللقطة.

المالك، فينقص درهماً ليُسلم للمالك شيء؛ تحقيقاً للفائدة، كما في الجوهرة ١: ٣٦٢، قال في التصحيح ص٣١٠: قال الإسبيجابي: هذا قول أبي حنيفة ومحمد ﷺ، وقال أبو يوسف ﷺ: له أربعون، واعتمده المحبوبيّ والنسفيّ وصدر الشريعة ﷺ، ففي الوقاية ٥: ٢٧٤: «لراده أربعون درهماً وإن لم يعدلها»، ومثله في الكنز٢: ٣٣٤، لكن في المختار ٣: ٤٨ مشىٰ علىٰ قول أبي حنيفة ومحمد ﷺ.

(١) فالإشهاد حتم فيه عليه علىٰ قول أبي حنيفة ومحمد ﷺ، حتىٰ لو ردّه من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما؛ لأنَّ ترك الإشهاد أمارة أنَّه أخذه لنفسه وصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو اتهبه أو ورثه فردّه علىٰ مولاه لا جعل له؛ لأنَّه ردّه لنفسه، إلا إذا أشهد أنَّه اشتراه ليردّه فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن، كما في الهداية٦: ١٣٩، وفي البحر الرائق٥: ١٧٥: «والحاصل: أنَّه إن أشهد أنَّه أخذه ليرده استحق الجعل وانتفىٰ الضمان عنه بموته وإباقه وإلا لا، لكن ينبغي أن يكون الإشهاد شرطاً لهما عند التمكن، أما إذا لم يتمكّن منه فلا اتفاقاً، كما تقدَّم نظيره في اللقطة، وأنَّ القولَ قوله في أنَّه لم يتمكن منه، ثم رأيت التصريح به في التتارخانية».

(**فإن كان العبدُ الآبقُ رهناً فالجعلُ على المرتهن**)[1]؛ لأنَّه وَجَبَ الإعـادة إلى يده؛ ولأنَّ حفظَ الرهن عليه، وهذا بسبب تفريطه فيه فكان عليه.

* * *

(١) أي: لو أبق العبد المرهون، فردّ من مدّة السفر، فالجعل على المرتهن، هذا إذا كانـت قيمته مثل الدين، أو أقلّ منه، وإن كانت أكثر من الدَّين، فبقدر الـدَّين عليـه، والبـاقي على الراهن، وأمر نفقته كاللقطة، كما في شرح الوقاية١: ٢٧٥.

كتابُ إحياء الموات

الموات: ما لا ينتفع به من الأرض؛ لانقطاع الماء منه، أو لغلبة الماء عليه، أو ما أشبه ذلك ممّا يمنع الزِّراعة، ممَّا كان منها عادياً لا مالك له، أو كان مملوكاً في الإسلام لا يُعْرَفُ له مالكٌ بعينه، وهو بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسانٌ في

كتابُ إحياء[1] الموات

(**الموات**[2]: **ما لا ينتفع به من الأرض؛ لانقطاع الماء منه، أو لغلبة الماء عليه، أو ما أشبه ذلك ممّا يمنع الزِّراعة**)[3]، سميت بذلك؛ تشبيهاً بالحيوان إذا مات ولم يبق منتفعاً به، (**ممَّا كان منها عادياً**[4] **لا مالك له، أو كان مملوكاً في الإسلام**[5] **لا يُعْرَفُ له مالكٌ بعينه، وهو بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسانٌ في**

---

(١) الإحياء شرعاً: إصلاح الأرض الموات بالبناء أو الغرس أو الكراب أو غير ذلك، قهستاني، كما في اللباب١: ٣٦٨.

(٢) فعن عائشة رضي الله عنها، قال ﷺ: (مَن عمَّرَ أرضاً ليست لأحد فهو أَحَقّ بها) في مسند أحمد٦: ١٢٠، وقال الأرنؤوط: «حديث صحيح».

(٣) أي: بغلبة الرمال أو الأحجار أو صيرورتها سبخة، سُميت به؛ تشبيهاً بالحيوان إذا مات ولم يبق منتفعاً به، كما في اللباب١: ٣٦٨.

(٤) أي: قديمة غير مملوكة لأحد من زمان بعيد؛ ولذا نسبت إلى عاد، كما في مجمع الأنهر٢: ٥٥٧، وفي ذخيرة العقبى ص٥٨٦: «وفيه ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوباً إلى عاد؛ لأنَّه لم يملك جميع أراضي الموات، بل المراد أنَّها متقدمة الخراب، كأنَّها قريب في عهد عاد، وفي العادات الظاهرة ما يوصف بطول مضي الزمان عليه ينسب إلى عاد، فمعناه ما تقدم خرابه».

(٥) لأنَّ حكمه كالموات، حيث يتصرّف فيه الإمام كما يتصرّف في الموات، لا لأنَّه موات حقيقة، كما في التبيين٦: ٣٥.

أقصى العامر فصاح لم يُسْمَعْ الصوت فيه فهو موات، ومَن أَحياه بإذن الإمام ملكه، وإن أَحياه بغير إذن الإمام لم يملكه عند أبي حنيفة ﷺ

أقصى العامر فصاح لم يُسْمَعْ الصوت فيه فهو موات)[1]؛ لتحقق معنى الموت فيه.

(ومَن أَحياه بإذن الإمام ملكه، وإن أَحياه بغير إذن الإمام لم يملكه عند أبي حنيفة ﷺ)[2]؛ لقوله ﷺ: «ليس للمرء إلاّ ما طابت به نفس إمامه»[3]، والمرادُ به ما

---

(١) هذا قول أبي يوسف ﷺ، وحد البعد: أن يكون في مكان بحيث لو وقف إنسان في أقصى العامر فصاح بأعلى صوته لم يسمع منه فإنَّه موات، وإن كان يسمع فليس بموات؛ لأنَّه فناء العامر فينتفعون به؛ لأنَّهم يحتاجون إليه لرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلم يكن انتفاعهم منقطعاً عنه ظاهراً فلا يكون مواتاً، وعند محمّد ﷺ: يعتبرُ حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرية وإن كان بعيداً، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريباً من العامر، وشمس الأئمة السَّرَخسيُّ ﷺ اعتمد قول أبي يوسف ﷺ، كما في التبيين٦: ٣٥.

(٢) لأنَّ هذه الأراضي كانت في أَيدي الكفرة، ثمّ صارت في أيدي المسلمين فصارت فيئاً، ولا يختصّ بالفيء أحدٌ دون رأي الإمام كالغنائم بخلاف الصيد وأمثاله من المباحات؛ لأنَّها لم تكن في أيدي الكفرة، فلم تكن في حكم الفيء، كما في التبيين٦: ٣٥. ويجب فيه العشر؛ لأنَّ ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاه بماء الخراج؛ لأنَّه حينئذٍ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء، فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني أحقّ بها؛ لأنَّ الأول ملك استغلالها لا رقبتها، فإذا تركها كان الثاني أحق بها، والأصح أنَّ الأوّلَ ينزعها من الثاني؛ لأنَّه ملك رقبتها بالإحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك، كما في الهداية١٠: ٧١، والتبيين٦: ٣٥.

(٣) فعن معاذ ﷺ، قال ﷺ: (إنَّما للمرء ما طابت به نفسُ إمامه) في المعجم الكبير٤: ٢٠، والمعجم الأوسط٧: ٢٣، ومسند الشاميين٤: ٣٦٦.

يكون لعامّة المسلمين تحت ولاية الإمام، وهذا كذلك.

(وقالا) والشَّافِعيّ ﷺ: **(يملكه بغير إذن الإمام)**؛ لأنَّه مالٌ مباحٌ سبقت يده إليه، كالصيد وغيره من المباحات.

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: ما كان من أملاكِ المسلمين لم يُملك بالإحياء، وما كان من أملاك الكفّار ففيه وجهان؛ لأنَّها قد ملكت فلا بُدَّ من الانتقال من المالك، إلاّ أنَّ الظاهرَ أنَّه لم يبقَ لها مالكٌ إذا صارت كذلك، فصارت من مال بيت المال وإن بقي المالك، لكن إذا لم يعرف، صارت كاللقطة، فللإمام التصرّف فيها.

(ويَمْلَكُ الذِّميُّ بالإحياء كما يملك المسلم)[1]؛ لكونه أهلاً لذلك، وكون المحلّ قابلاً، وعن عائشة رضي الله عنها أنَّها قالت: «البلاد بلاد الله، والعباد عباد الله، فمَن أحيا من الموات أرضاً، فهي له»[2].

(١) لأنَّ المسلم والذمي في تملك ما أحياه سواء؛ لاستوائهما في السبب، والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم، كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء، فإنَّ الكافرَ يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلمين، كما في العناية١٠: ٧١-٧٢، إلا أنَّه لا يملكه بدون إذن الإمام اتفاقاً، قهستاني، وقيد بالذمي؛ لأنَّ المستأمن لا يملكه مطلقاً اتفاقاً، نظم، كما في اللباب١: ٣٦٩.

(٢) فعن عائشة رضي الله عنها، قال ﷺ: (العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمَن أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له، وليس لعِرْق ظالم حقّ) في مسند الطيالسي١: ٢٠٣، وسنن الدارقطني٤: ٣١٨، وعن الزبير بن العوام ﷺ، قال ﷺ: (البلادُ بلاد الله ﷻ، والعبادُ عباد الله ﷻ، فحيثما أصبت خيراً فأقم) في مسند أحمد١: ١٦٦، قال الأرنؤوط: ضعيف فيه ثلاثة مجاهيل.

ومَن حَجَّر أَرضاً ولم يَعْمُرْها ثلاث سنين أَخذَها الإمامُ ودفعَها إلى غيره، ولا يجوز إحياء ما قَرُب من العامر، بل يُتْرَك مرعى لأهل القرية ومطرحاً لحصائدهم، ومَن حَفَر بئراً في بريّةٍ فله حريمُها، فإن

(**ومَن حَجَّر أَرضاً**[1] **ولم يَعْمُرْها ثلاث سنين**[2] **أَخذَها الإمامُ ودفعَها إلى غيره**)[3]؛ لقول عمر رضي الله عنه: «ليس للمحجر حَقٌّ بعد ثلاث سنين»[4].

(**ولا يجوز إحياء ما قَرُب من العامر، بل يُتْرَك مرعى لأهل القرية ومطرحاً لحصائدهم**)[5]؛ لأَنَّه منتفعٌ به، فلا يكون مواتاً.

(**ومَن حَفَر بئراً في بريّةٍ فله حريمُها**)؛ لأَنَّ تمام الانتفاع بذلك، (**فإن**

---

(١) أي: وضع حجراً أَو شيئاً للإعلام بأَنَّه قصد إحياءها، مأَخوذٌ من الحَجَر بفتح الجيم، لأَنَّ الغالب أَن يكون ذلك بالأَحجار، أَو بسكون الجيم بمعنى المنع، كما في فتح باب العناية ٥: ١٣٩.

(٢) إنَّما قدر بثلاث سنين؛ لأَنَّ الغالب أَنَّ الأراضي تزرع في السنة مرّة وأكثر ما جعل للارتياء في جنس ما يستدلّ به على الرغبة والاختيار الثلاث، وهي الثلاث من ذلك النوع، فإذا تركها هذا القدر، فالظاهرُ أَنَّه قصد إتلافها وموتها فوجَب على الإمام إزالة يده عنها، كما في الجوهرة ١: ٣٦٤.

(٣) لأنَّ الدفع للأَول إنَّما كان ليُعْمِرَهَا فتحصل المنفعة للمسلمين من العُشْر والخَرَاج، فإذا لم يُعْمِرها يدفعها الإمام إلى غيره ليحصل ذلك، والتقدير بثلاثِ حِجج؛ لما روى مسلم عن ابن المُسَيَّب رضي الله عنه قال عمر رضي الله عنه: «مَنْ أَحيا أَرضاً ميتةً فهي له، وليس للمُحْتَجِرِ حقٌّ بعد ثلاث سنين»، كما في فتح باب العناية ٥: ١٣٩.

(٤) لم أقف عليه.

(٥) لتحقق حاجتهم إليه، فصار كالنهر والطريق، وعلى هذا قالوا: ليس للإمام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه: كالملح والآبار التي يستقى منها الماء، كما في التبيين ٦: ٣٦.

كانت للعَطَن[1] **فحريمها أربعون ذراعاً**[2]**، وإن كانت للناضح**[3] **فحريمُها ستّون ذراعاً)**[4]، هكذا رُوِيَ عن النبيّ ﷺ.

(١) العطن: هي التي يُنْزع منها الماءُ باليد، كما فتح باب العناية ٥: ١٤٠.

(٢) فعن أبي هريرة وعبد الله بن مغفل رضي الله عنهما، قال ﷺ: (مَن حفرَ بئْرَاً فله حولها أربعون ذراعاً) في سنن ابن ماجه٢: ٨٣١، ومسند أحمد٢: ٤٩٤، وسنن الدارقطني ٤: ٢٢٠، وقد استوفى طرقه الزيلعي في نصب الراية٤: ٢٩١-٢٩٢، ورد كلام الدارقطني بأنَّ الصحيح أنَّه مرسل؛ ولأنَّ حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر إلا بما حولها؛ لأنَّه يحتاج إلى أن يقف على شفير البئر ليستقي الماء، وإلى أن يبني على شفير البئر ما يركب عليه البكرة، وإلى أن يبني حوضاً يجتمع فيه الماء، وإلى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده فقدره الشرع بأربعين ذراعاً، ثم قيل: الأربعون ذراعاً من الجوانب الأربعة من كلّ جانب عشرة أذرع؛ لأنَّ ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الأربعة، والصحيح أنَّ المراد أربعون ذراعاً من كل جانب؛ لأنَّ المقصود دفع الضرر عنه كي لا يحفر آخر بئراً بجانبها، فيتحوّل ماء البئر الأولى إلى الثانية، ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب، فيقدر بأربعين كي لا تتعطل عليه المصالح، كما في التبيين ٦: ٣٦.

(٣) الناضح: هي التي ينزع الماء منها بالبعير، كما في فتح باب العناية ٥: ١٤٠.

(٤) لا فرق في ذلك بين أن يكون البئر للعطن أو للناضح عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما: إن كانت للعطن فأربعون ذراعاً، وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعاً؛ لأنَّ استحقاق الحريم باعتبار الحاجة، وحاجة بئر الناضح أكثر؛ لأنَّه يحتاج إلى موضع يسير فيه الناضح، وهو البعير، وقد يطول الرشاء، وفي بئر العطن يستقي بيده فلا بد من التفاوت بينهما، كما في التبيين ٦: ٣٦، وفي التصحيح ص٣١٠: «ورجح دليله، واختاره المحبوبي والنسفي وغيرهما، وقال في مختارات النوازل: من حفر بئراً في برية موات فله حريمها على قدر الحاجة من كل جانب، هو الصحيح».

وإن كانت عيناً فحريمُها ثلاثمئة ذراع، فمَن أراد أن يحفرَ في حريمِها مُنِع منه، وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه، فإن كان يجوز عوده إليه لم يجز

(**وإن كانت عيناً فحريمُها ثلاثمئة ذراع**)[1]، وفي رواية الحَسَن ﷺ: خمسمئة ذراع، (**فمَن أراد أن يحفرَ في حريمِها**[2] **مُنِع منه**)؛ لأنَّه لو لم يجعل كذلك رُبّما حفر إلى جانبه، فينقص ماؤها أو ينقطع فيتضرر به.

(**وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه، فإن كان يجوز عوده إليه لم يجز**

---

(١) قال في الينابيع: «وذكر الطحاوي ﷺ خمسمئة ذراع»، وهذا التقدير ليس بلازم بل هو موكول إلى رأي المفتين واجتهادهم، كما في التصحيح ص٣١١، ومشى في المتون: كالوقاية ٣: ١٠٩، والكنز٦: ٣٦: على أنَّ حريم العين خمسمة ذراع، ولأنَّ العين تستخرج للزراعة، فلا بُدّ من موضع يجتمع فيه الماء، ومن موضع يجري إليه، ومن موضع يجري منه إلى المزرعة...، والأصح أنَّه خمسمئة ذراع من كل جانب، وفي الكافي: قيل: إنَّ التقدير في البئر والعين بما ذكرنا لصلابتها، وفي أراضينا يزاد لرخاوتها؛ لئلا يتحوّل الماء إلى الثانية فتتعطل الأولى، كما في التبيين١: ٣٧.

(٢) لأنَّه بالحفر ملك حريم ذلك المحفور، فليس لغيره أن يتصرّف في ملكه، ولا يمنع من الحفر فيما وراء الحريم؛ لعدم تعلقه بما وراءه، فإن حفر أحد بئراً في داخل الحريم ضمَّن الأول الثاني النقصان؛ لتعدي الثاني بتصرّفه في ملك غيره، وطريق معرفة النقصان: أن يقوم الأولى قبل حفر الثانية وبعده، فيضمن نقصان ما بينهما، ويكبس الأول بنفسه، أي:يملؤها بالتراب، هو الصحيح، هداية، وقيل: لا يضمنه النقصان وأن يأخذه بكبس ما احتفره؛ لأنَّ إزالة جناية حفره عليه، كما في الكناسة يلقيها في دار غيره، فإنَّه يؤخذ برفعها، كما في مجمع الأنهر٢: ٥٥٩، وفي الدر المختار٦: ٤٣٥: «فللأول ردمه أو تضمينه، وتمامه في الدرر».

إحياؤه، وإن كان لا يجوز أن يعودَ إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريماً لعامر يملكه مَن أحياه بإذن الإمام، ومَن كان له نهرٌ في أرض غيره فليس له حريمُه عند أبي حنيفة ﷺ إلا أن يقيمَ البيِّنة على ذلك

إحياؤه)[1]؛ لاحتمال الحاجة إليه للنهر، **(وإن كان لا يجوز أن يعودَ إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريماً لعامر يملكه مَن أحياه بإذن الإمام)**[2]؛ لأنَّه لا مالك له، وقد وقع الإياس من[3] الحاجة إليه.

(ومَن كان له نهرٌ في أرض غيره فليس له حريمُه عند أبي حنيفة ﷺ إلا أن يقيمَ البيِّنة على ذلك)[4]؛ لأنَّه مدع، ولا ظاهر يشهد له؛ لأنَّ المُسَنَّاة[5] من جنس الأرض في صلاحية الزراعة، وغيرها مخالفة للنهر في التقعير وإجراء الماء، فكان الظاهر أشدّ شهادة لصاحب الأرض.

---

(١) لتعلق حقّ العامة به على تقدير رجوع الماء إليه؛ لأنَّ الماء حقهم لحاجتهم إليه، كما في التبيين٦: ٣٦.

(٢) لأنَّه ليس في ملك أحد؛ لأنَّ قهر الماء يدفع قهر غيره، وهو اليوم في يد الإمام، كما في الهداية١٠: ٧٧.

(٣) في أ و ب: «عن».

(٤) لأنَّ الحريم في البئر عرفناه بالأثر؛ ولأنَّ الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم، ولا يمكن في البئر إلا بالاستيفاء، ولا استيفاء إلا بالحريم، كما في الجوهرة١: ٣٦٥.

(٥) المُسَنَّاة: جمعها مسنيات: وهي حائط يبنى في وجه الماء، ويسمى السد، كما في القاموس الفقهي ص١٨٦.

(**وقالا: له مُسَنَّاة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينة**)[1]؛ لأنَّ النهرَ لا بُدّ له من موضع يلقي إليه طينة، فالظاهر أنَّ المُسَنَّاة له[2]، والله أعلم.

* * *

(١) لأنَّ النهر لا ينتفع به إلا بحريم يلقي عليه طينه، ويجتاز عليه إلى النهر؛ لينظر مصالحه، فكان الظاهر أنَّ الحريم له؛ ولأنَّه يحتاج إلى المشي ليسيل الماء عنه، ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر، ولا يمكنه إلقاء الطين إلى مكان بعيد إلا بحرج، فيكون له الحريم اعتباراً بالبئر، كما في الجوهرة١: ٣٦٥.

(٢) المُسَنَّاة بين نهر رجل وأرض لآخر، وليست تلك المُسَنَّاة في يد أحد لأحدهما عليها غرس أو طين ملقى تكون تلك المُسَنَّاة لصاحب الأرض، أمّا إذا كان لأحدهما عليه ذلك، فصاحبُ الشغل أولى؛ لأنَّه صاحب يد، كما في درر الحكام١: ٣٠٧.

كتابُ المأذون

وإذا أَذِنَ المولى لعبده في التجارة إذناً عامّاً جاز تصرُّفه في سائر التجارات يشتري ويبيع ويرهن ويسترهن

كتابُ المأذون

(**وإذا أَذِنَ**[1] **المولى لعبده في التجارة إذناً عامّاً جاز تصرُّفه في سائر التجارات يشتري ويبيع**[2] **ويرهن ويسترهن**)؛ لكمال أهليته، وزوال المانع من تصرّفه، وهو حقّ المولى.

---

(١) الإذن لغة: في رد المحتار٦: ١٥٥: «قال الطوري: قال شيخ الإسلام في مبسوطه: الإذن هو الإطلاق لغةً؛ لأنَّه ضد الحجر، وهو المنع، فكان إطلاقاً عن شيء إلى شيء، اهـ، وفي النهاية: الإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه، وإعلام بإطلاقه فيما حجر عليه، من أذن له في الشيء إذناً، وأبعد الإمام الزيلعي في التبيين ٥: ٢٠٤ حيث قال: إنَّه الإعلام، ومنه الأذان، وهو الإعلام؛ لأنَّ الإذن من أذن في كذا: إذا أباحه، والأذان من أذن بكذا: إذا أعلم...الخ، وفي حاشية أبي السعود ﷺ: وقال قاضي زاده ﷺ في التكملة: لم أر قطّ في كتب اللغة مجيء الإذن بمعنى الإعلام».

وشرعاً: الإذن فك الحجر وإسقاط الحق، كما في الوقاية ٥: ٣٥، قال صاحب شرح الوقاية٥: ٣٥: «اعلم أنَّ الأصل في الإنسان أن يكون مالكاً للتصرّفات، فإذا عرض له الرق وتعلَّق به حقّ المولى صار مانعاً؛ لكونه مالكاً للتصرّف، فإذا أسقط المولى حقّه المانع عن التصرف وأزال حجره، أي: منعه عن التصرف فهو الإذن، فيتصرف العبد لنفسه بأهليته، فإنَّه ليس بتوكيل، والوكيل هو الذي يتصرَّفُ لغيره، ولا يرجع بالعهدة على سيده، فإنَّه إذا اشترى شيئاً لا يطلب الثمن من المولى لكونه مشترياً لنفسه، بخلاف الوكيل فإنَّه يطلب الثمن من الموكل؛ لأنَّه اشترى للموكل، ولا يتوقَّت إسقاط الحق بخلاف التوكيل فإنَّه يتوقت».

(٢) أي: ولو بغبن فاحش، ولا يصح عندهما بغبن فاحش؛ لأنَّه بمنزلة التبرّع؛ لأنَّ

وإذا أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذونٌ له في جميعها، وإن أَذِنَ له في شيء بعينه فليس بمأذون، وإقرارُ المأذون له بالديون والغصوب جائز

(**وإذا أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذونٌ له في جميعها**)[1]؛ استحساناً.

والقياسُ: أن لا يجوز تصرّفه إلاّ في ذلك النوع، وهو قولُ زُفَر والشَّافِعيّ ﷺ؛ لأنَّ الإذنَ وُجِدَ فيه خاصّة، وصار كالوكالة.

ووجه الاستحسان: أنَّ العبدَ متصرّفٌ بأهلية نفسه، والمنع كان لعدم رضى المولى بتعلّق الدين برقبة العبد، وقد رضي، فصار كالمكاتب؛ ولذلك لا يرجع بالديون على المولى، وأما الوكيل فنائب محض.

(**وإن أَذِنَ له في شيء بعينه**): كشراء لحم للأكل، أو ثوب للكسوة، (**فليس بمأذون**)؛ لأنَّه استخدام، ولو صار به مأذوناً لتعذَّر استخدامه.

(**وإقرارُ المأذون له بالديون والغصوب جائز**)[2]؛ لأنَّ ذلك من ضرورات

البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود، إذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الإتلاف، فكان بمنزلة التبرع؛ ولهذا اعتبر من المريض من الثلث، وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الإذن بالمقصود، كما في العناية ٩: ٢٨٧.

(١) هذا مبنيٌّ على فكّ الحجر، وليس بتوكيل؛ لأنَّ فكّ الحجر هو الإطلاق عن القيد، فلا يتخصص بتصرّف، والمرادُ أنَّه إذا أذن في نوع من التجارة عمّ إذنه في الأنواع، وكذا إذا قيل: اقعد صباغاً، فإنَّه إذن بشراء ما لا بُدّ لهذا العمل فيعمّ، وكذا إذا قيل: أدّ إليّ الغلّة كلّ شهر كذا، بخلاف ما إذا أذن بشراء شيء معيّن، فإنَّ هذا استخدام لا إذن، كما في شرح الوقاية ٥: ٣٥.

(٢) لأنَّ الإقرار من توابع التجارة؛ لأنَّه لو لم يصحّ إقراره لم يعامله أحد، كما في التبيين ٥: ٢٠٧.

وليس له أن يتزوَّج ولا يزوِّج مماليكه، ولا يُكاتب ولا يُعتِق على مال، ولا يهب بعوض ولا بغير عوض، لعتق، (إلاّ أن يهدي اليسير من الطعام، أو يُضَيِّفَ مَن يُطعمه، وديونُه مُتَعلِّقة برقبتِهِ يُباع للغُرماء إلاّ أن يفديه المَوْلى

التجارة، والغصبُ قبضٌ، فأشبه المقبوض علىٰ سوم بيع فاسد.

(**وليس له أن يتزوَّج ولا يزوِّج مماليكه، ولا يُكاتب ولا يُعتِق على مال**)؛ لأنَّ ذلك ليس من التجارة.

وقال أبو يوسف ﷺ: له تزويج الأمة؛ لأنَّه نفعٌ محض، لكنّا نقول: ليس كلّ نفع مأذون فيه، بل النفعُ المتعلِّق بالتجارة مأذونٌ فيه، وهذا ليس منه.

(**ولا يهب بعوض ولا بغير عوض**)[1]؛ لأنَّه تبرُّع كالعتق، (**إلاّ أن يهدي اليسير من الطعام، أو يُضَيِّفَ مَن يُطعمه**)[2]؛ لأنَّه من الضرورات، وقد جرىٰ العرف به، وقد «أهدىٰ سلمان ﷺ إلىٰ النبي ﷺ رطباً وهو مملوك، فأكل النبيّ ﷺ وأكل أصحابه معه»[3].

(**وديونُه مُتَعلِّقة برقبتِهِ يُباع للغُرماء**[4] **إلاّ أن يفديه المَوْلى**)[5]؛ لأنَّه دينٌ

---

(١) لأنَّ كل ذلك تبرّع ابتداء وانتهاء، أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة، كما في الهداية٩: ٢٩١.

(٢) لأنَّه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب معامليه وأهل حرفته، كما في الهداية١: ٢٩١، واللباب١: ٣٧٣.

(٣) لم أقف عليه.

(٤) أي: لأجلهم، أي: يبيع القاضي المأذون في ذلك الدين بطلب الغرماء، وهذا إذا كان السيد حاضراً، فإن غاب لا يبيعه؛ لأنَّ الخصمَ في رقبته هو السيد، وبيعه ليس بحتم، فإنَّ لهم استسعاءه، ذخيرة، كما في اللباب١: ٣٧٣.

(٥) أي: بدفع ما عليه مِن الدَّين؛ لأنَّه لا يبقىٰ في رقبته شيء، كما في اللباب١: ٣٧٣.

ويُقْسَمُ ثمنُه بينهم بالحصص، فإن فضل شيءٌ من الديون طُولب بـه بعـد الحريـة، وإن حَجَرَ المولى عليه لم يَصِرْ محجوراً عليه حتى يظهر الحَجر عليه بين أهل سـوقه، وإن مات المولى أو جُنّ أو لَحِق بدار الحرب مُرتدّاً صار المأذون محجوراً عليه

واجبٌ في حَقِّ العبدِ ظاهر في حقّ المولىٰ بالإذن، فيتعلَّق برقبتـه، كـضمان المتلفـات وأرش الجنايات، وعلىٰ ما قال الشَّافِعيّ ﷺ: أنَّ الدَّينَ يتعلَّق بذمَّته، ويؤخـذ مـا في يده من المال، ولا يؤخذ من اكتسابه شيء يكون إلحاقاً للإذن بالعبد، فإنَّ المحجور تثبت الديون في ذمَّته، وفائدة الإذن تعلُّقها بالرَّقبة.

(**ويُقْسَمُ ثمنُه بينهم بالحصص**)؛ اعتباراً للمعادلة، (**فـإن فـضل شيءٌ مـن الديون طُولب به بعد الحرية**)؛ لأنَّ الدَّينَ واجب، وحقُّ المشتري يمنـع اسـتيفاءه، فإذا أُعتق زال المانع.

(**وإن حَجَرَ المولى عليه لم يَصِرْ محجوراً عليه حتى يظهـر الحَجـر عليـه بـين أهل سوقه**)[1]؛ لئلا يؤدِّي إلىٰ غرورهم.

(**وإن مات المولى أو جُنّ**) جنوناً مطبقاً (**أو لَحِق بدار الحـرب مُرتـدّاً صـار المأذون محجوراً عليه**)[2]؛ لأنَّه كـان يتـصرّف بـالإذن، وقـد بطـل إذن المـولىٰ بهـذه المعاني؛ لأنَّه لم يكن لازماً، فكان لبقائه حكم الابتداء.

---

(١) لأنَّه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلىٰ ما بعد العتق؛ لما لم يتعلـق برقبتـه وكسبه وقد بايعوه علىٰ رجاء ذلك، ويشترط علم أكثر أهل سوقه، حتىٰ لو حجر عليـه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر، والمعتبر شـيوع الحجـر واشـتهاره، فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل، كما في الهداية٩: ٢٩٦.

(٢) لأنَّ الإذن غـير لازم، ومـا لا يكـون لازمـاً مـن التـصرّف يعطـىٰ لدوامـه حكـم الابتداء، هذا هو الأصل فلا بُدّ من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء، وهي تنعدم بالموت

وإن أبق العبدُ صار محجوراً عليه، وإن حَجَرَ عليه المولى فإقرارُه جائزٌ فيما في يدِه من المال عند أبي حنيفة ﷺ، وقالا: لا يجوز إقرارُه، وإذا لزمته ديونٌ تُحيطُ بماله ورقبتِهِ لم يملك المولى ما في يدِه، وإن أَعْتَق عبيدَه لم يُعتقوا عند أبي حنيفة ﷺ

(**وإن أبق العبدُ صار محجوراً عليه**)؛ لأنَّ المولىٰ لم يرض بتصرّفه.

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: إذنه بحاله، وهذا قبيحٌ أن يكون العبد مراغماً لمولاه، وتصرّفاته لازمة له.

(**وإن حَجَرَ عليه المولى فإقرارُه جائزٌ فيما في يدِه من المال**[1] **عند أبي حنيفة ﷺ**)؛ لبقاء يده عليه، حتىٰ لو أخذه المولىٰ من يده لم يجز.

(**وقالا: لا يجوز إقرارُه**)[2]؛ لأنَّ نفاذَه بالإذن، وقد بطل.

(**وإذا لزمته ديونٌ تُحيطُ بماله ورقبتِهِ لم يملك المولى ما في يدِه، وإن أَعْتَق**) المولىٰ (**عبيدَه لم يُعتقوا عند أبي حنيفة ﷺ**)؛ لأنَّ حَقَّ الغرماء مُقَدَّمٌ علىٰ حقِّ المولىٰ؛ بدليل أنَّ لهم بيعه، فصار كالتركةِ المُسْتَغْرَقةِ بالدَّين أنَّه لا ينتقل فيها الملك إلىٰ الورثة، كذا هذا.

والجنون، وكذا باللحوق؛ لأنَّه موت حكماً حتىٰ يقسم ماله بين ورثته، كما في الهداية٩: ٢٩٦.

(١) سواء أقر بأنَّه أمانة عنده أو غصب، أو أقر بدين فيقضيه منه؛ لأنَّ يده باقية حقيقة، وشرط بطلانها بالحجر حكماً فرغها عن حاجته، وإقراره دليل تحققها، كما في اللباب١: ٣٧٤.

(٢) لأنَّ المصحح لإقراره هو الإذن، وقد زال بالحجر ويده علىٰ أكسابه قد بطلت بالحجر؛ لأنَّ يد المحجور عليه غير معتبرة، كما في التبيين٥: ٢١٣.

وقالا: يملك ما في يده وينفذ عتقه، وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز، وإن باعه بنقصان لم يجز، وإن باعه المولى شيئاً بمثلِ القيمةِ أو أَقلِّ جاز البيع، فإن سَلَّمَه إليه قبل قبضِ الثَّمن بطل الثمن

(**وقالا: يملك ما في يده وينفذ عتقه**)[1]؛ لأنَّ تعلَّق الدَّين بالعبد لا يُغَيِّرُ ملك المولى فيه كالمرهون.

(**وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز**)[2]؛ لعدم التهمة فيه، (**وإن باعه بنقصان لم يجز**)[3]؛ لتمكن التهمة.

(**وإن باعه المولى شيئاً بمثلِ القيمةِ أو أَقلِّ جاز البيع**)؛ لظهور النَّفع فيه، (**فإن سَلَّمَه إليه قبل قبضِ الثَّمن بطل الثمن**)[4]؛ لأنَّه بالتسليم بطلت يد المولى في

(١) أي: وعليه قيمتُه؛ لأنَّه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك إعتاقها، ووطء الجارية المأذون لها، وهذا آيةُ كماله، كما في الهداية١: ٣٧٤.

(٢) هذا إذا كان على العبد دين؛ لأنَّه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين، وإن لم يكن عليه فلا بيع بينهما؛ لأنَّ العبدَ وما في يده للمولى، كما في الجوهرة١: ٣٩٨.

(٣) لأنَّه متهم في حقّه، وهذا عند أبي حنيفة ﷺ، وعندهما: إذا باعه بنقصان يجوز، ويخيّر المولى: إن شاء أزال المحاباة، وإن شاء فسخ، وهذا خلاف ما إذا حابى الأجنبي إذا كان عليه دين عند أبي حنيفة ﷺ؛ لأنَّه لا تهمة، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده؛ لأنَّ حقَّ بقية الورثة تعلّق بعينه، أمّا حقّ الغرماء تعلّق بالمالية لا غير، كما في الجوهرة١: ٣٦٨.

(٤) لأنَّه إذا سلّم المبيع قبل قبض الثمن حصل الثمن ديناً للمولى على عبده، والمولى لا يثبت له على عبده دين، وإذا بطل الثمن صار كأنَّه باع عليه بغير ثمن، فلا يجوز البيع، ومراده ببطلان الثمن بطلان تسلّمه والمطالبة به، وللمولى استرجاع المبيع، وإن باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو نقض البيع، كما في الجوهرة١: ٣٦٩.

وإن أمسكَه في يده حتى يستوفي الثمن جاز، فإن أعتقَ المولى العبدَ المأذون له وعليه ديونٌ فعتقُه جائزٌ، والمولى ضامن لقيمتِهِ للغرماء، وما بَقِي من الدُّيون يُطالب به المعتَق، وإذا ولدت المأذونة من مولاها فذلك حجر عليها، وإذا أذن وليّ الصّبيّ للصّبيّ في التجارة فهو في الشِّراء والبيع كالعبد

الدَّين، فلا يجب للمولى على عبده دين، (**وإن أمسكَه في يده حتى يستوفي الثمن جاز**)؛ لأنَّ للبائع حقّ حبس المبيع على الثمن.

(**فإن أعتقَ المولى العبدَ المأذون له وعليه ديونٌ فعتقُه جائزٌ**)؛ لكونِهِ ملكاً له كالمرهون، (**والمولى ضامن لقيمتِهِ للغرماء**)؛ لأنَّه أتلف محلّ حقِّهم في المبيع كالراهن.

(**وما بَقِي من الدُّيون يُطالب به المعتَق**)؛ لبقاء الدَّين في ذمّته، والمولى لم يتلف إلا قدر قيمته.

(**وإذا ولدت المأذونة من مولاها فذلك حجر عليها**)[1] استحساناً؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّه لا يرضى بتبدلِها بالأسواق وتخالطها مع الرِّجال.

(**وإذا أذن وليّ الصّبيّ للصّبيّ في التجارة فهو في الشِّراء والبيع كالعبد**

---

(١) وقال زفر رضي الله عنه: ليس بحجر؛ اعتباراً بالابتداء، فإنَّ المولى لو أذن لأم ولده جاز، فكذا إذا استولدها بعد الإذن وهو القياس، واستحسن العلماء حجرها بالاتفاق؛ لأنَّ العادة جرت في الظاهر أنَّ الإنسان يحصن أم ولده، ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة، فيكون حجراً دلالة، ولا معتبر بها عند التصريح، بخلافه في الابتداء، كما في العناية٩: ٢٩٧.

وإذا أذن وليّ الصّبيّ للصّبيّ في التجارة فهو في الشِّراء والبيع كالعبد المـأذون لـه إذا كان يَعْقِلُ البيع والشراء

المأذون له إذا كان يَعْقِلُ البيع والشراء)[1]؛ لأنَّ تصرّفه نافذٌ بإذن المولى ونظره، وفيه تخريج للصبيّ، وقد ندب الله ﷻ إلى ذلـك بقولـه: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦].

وقـال الـشَّافِعيّ ﵁: لا يـصحّ تـصرّفه كـالطلاق والعتـاق، والفـرق: أنَّ الطلاق والعتاق لا يملكهما الولي، فلا يستفادان منه، بخلاف البيع والـشراء، فـإنَّ الوليّ يملكهما، فجاز أن يستفاد من جهته، وقد مرّت في الحجر.

❊ ❊ ❊

(١) ذكر الولي ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي، ومِن شرطه أن يكـون يعقل كون البيع سالباً للملك جالباً للرِّبح، والتشبيه بالعبد المأذون يفيد أن مـا ثبـت في العبد من الأحكام ثبت في الصبي، فيصير مأذوناً بالسكوت كما في العبد، ويصح إقراره بما في يده من كسبه، ولا يملك تزويج عبده، ولا كتابته كما في العبد، كما في الجـوهرة١: ٣٦٩.

كتاب المزارعة

(**قال أبو حنيفة ﷺ: المزارعةُ**[1]

---

(١) المزارعة شرعاً: هي عقد على الزرع ببعض الخارج، كما في الكنز: ٢٧٨.
وشروط صحة المزارعة هي:
أولاً: أن تكون الأرض صالحة للزراعة؛ لأنَّ المقصود لا يحصل بدونه.
ثانياً: أن يكون ربّ الأرض والمزارع من أهل العقد؛ لأنَّ العقد لا يصحّ إلاّ من الأهل.
ثالثاً: أن يبيِّن المدّة؛ لأنَّه عقد على منافع الأرض أو العامل، وهي تعرف بالمدة.
رابعاً: أن تكون المُدّةُ قدر ما يتمكّن فيها من الزراعة أو أكثر.
خامساً: أن يبيِّن مَن عليه البذر؛ لأنَّ المعقود عليه، وهو منافع العامل أو منافع الأرض لا يعرف إلاّ ببيان من عليه البذر؛ لأنَّه المستأجرُ، فببيانه يعرف ما وقع عليه عقد الإجارة من منافع العامل، أو منافع الأرض.
سادساً: أن يُبَيِّن جنسَ البذر؛ لأنَّ الأجرةَ منه فلا بُدّ من بيان جنس الأجرة.
سابعاً: أن يُبيِّنَ نصيبَ مَن لا بذر من جهته؛ لأنَّه أجرة عمله أو أرضه، فلا بُدّ أن يكون معلوماً.
ثامناً: أن يخلي بين الأرض والعامل؛ لأنَّه بذلك يتمكَّن من العمل، فصار نظير المضاربة لا تصحّ حتى يُسلَّم المالُ إليه، حتى إذا شرط في العقد ما تفوت به التخلية، وهو عمل ربّ الأرض مع العامل لا يصحّ.
تاسعاً: أن يكون الخارج مشتركاً بينهما؛ لأنَّه هو المقصود بها، فتنعقد إجارة في الابتداء، وتتمّ شركة في الانتهاء؛ ولهذا لو شرط لأحدهما قفزان مسمّاة تفسد؛ لأنَّه يؤدي إلى قطع الشركة في البعض المسمى، أو في الكلّ إذا لم تخرج الأرض أكثر من ذلك، وكذا إذا

شرط أن يرفع قدر بذره لما ذكرنا، بخلاف ما إذا شرط أن يرفع عشر الخارج أو ثلثه والباقي بينهما؛ لأنَّه لا يؤدي إلىٰ قطع الشركة، وهو يصلح أن يكون حيلة للوصول إلىٰ رفع البذر.

عاشراً: أن تكون صورتها تصح إجارة؛ لأنَّ مَن جوّزها إنما جوزها علىٰ أنَّها إجارة، فلها الصورة الآتية:

الأولىٰ: أن تكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر، فيكون صاحب البذر والأرض مستأجِراً للعامل، وبقره تبع له لاتحاد منفعتهما؛ لأنَّ البقرَ آلة له فصار كمَن استأجر خياطاً ليخيط له بإبرته أو صباغاً ليصبغ له ثوباً بصبغ مِن عنده والأجر يقابل عمله دون الآلة فيجوز، والأصلُ فيها: أنَّ صاحبَ البذر هو المستأجِر فتخرج المسائل علىٰ هذا كما رأيت.

الثانية: أن تكون الأرض لواحد والباقي لآخر، فيكون صاحب البذر مستأجِراً للأرض بأجر معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم في الذمّة.

الثالثة: أن يكون العمل لواحد والباقي لآخر، فيكون صاحبُ البذر مستأجراً للعامل وحده بلا بقر بأجرة معلومة من الخارج فيجوز، كما إذا استأجر خياطاً ليخيط له قميصاً بإبرة من عند صاحب الثوب أو طياناً ليطين له بمرّ من المستأجر، كما في التبيين٥: ٢٧٨-٢٨٠، ٥: ٧٥-٧٦.

الشروط المفسدة للمزارعة:

أولاً: إذا كانت الأرض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر؛ لأنَّ صاحبَ البذر استأجر الأرض، واشتراط البقر علىٰ صاحب الأرض مفسد للإجارة؛ لأنَّ البقرَ لا يمكن أن يجعلَ تبعاً للأرض؛ لأنَّ منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض؛ لأنَّ منفعتَها الإنبات، ومنفعة البقر الشقّ وبينهما اختلاف، وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطاً مفسداً، بخلاف ما إذا كان البقر مع العامل حيث يجوز؛ لأنَّ البقر أمكن جعله

تبعاً لاتحاد منفعتهما؛ لأنَّ منفعة البقر صلاحية يُقام بها العمل كإبرة الخياط، وعن أبي يوسف ﷺ: أنَّه يجوز للتعامل، والقياس يترك به، والظاهر الأوّل، كما في التبيين٥: ٢٨٠، وفي ذخيرة العقبى ص٥٦٦: «قانون الفقهاء في معرفة التجانسِ والتناسبِ أنَّ ما صدرَ فعله من القوى الحيوانيّة فهو جنسٌ واحد، كالعامل والثور، وما صدرَ من غيرها فهو جنسٌ آخر، كالبذرِ والأرض».

ثانياً: إذا كان البذرُ لواحد، والباقي لآخر، وهو العملُ والبقرُ والأرض؛ لأنَّ العامِلَ أجيرٌ فلا يمكن أن تجعل الأرض تبعاً له؛ لاختلاف منفعتهما، فصار نظير البقر والأرض من واحد، والباقي من الآخر، وهي المسألة الأولى، وعن أبي يوسف ﷺ: أنَّه يجوز؛ للتعامل.

ثالثاً: إذا كان البذرُ والبقرُ لواحد والباقي لآخر، وهو العمل والأرض؛ فلمّا ذكرنا أنَّ الأرضَ لا يمكن جعلها تبعاً لعمله لاختلاف المنافع، ففسدت المزارعة.

رابعاً: أن يكون البقر من واحد والباقي من آخر، قالوا: هو فاسد، وينبغي أن يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الأرض وحدها، فإنَّه يجوز أن يستأجر البقر كما يجوز أن يستأجرَ العامل أو الأرض، والجواب عنه: أنَّ القياس أن لا تجوز المزارعة؛ لما فيها من الاستئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز، وإنَّما تركنا ذلك بالأثر، والأثر ورد في استئجار العامل أو الأرض، فبقي ما وراءه على الأصل؛ إذ استئجار شيء بأجرة غير مشار إليه ولا في الذمة لا يجوز، وقد ورد ذلك في استئجار الأرض أو العامل في المزارعة فيقتصر عليه، كما في التبيين٥: ٢٨٠-٢٨٢.

قال صدر الشريعة في شرح الوقاية٥: ٧٥-٧٦: «اعلم أنَّها بالتَّقسيم العقليّ على سبعة أوجه؛ لأنَّه إما أن يكون الواحد من أحدهما، والثلاثة من آخر، وهذا على أربعة أوجه، وهو إما أن يكون الأرض، أو العمل، أو البذر، أو البقر من أحدهما، والباقي من الآخر، والأولان جائزان، والثالث لا؛ لاحتمال الربا، والرابع غير مذكور في الهداية،

بالثُّلث والرُّبع باطلة)[1]؛ لما مرَّ في الإجارة من حديث رافع بن خديج ﵁، ولقول زيد بن ثابت ﵁: «نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، قلت: وما المخابرة؟ فقال: أن تأخذ أرضاً بثلث أو ربع أو نصف»[2].

(وقالا: جائزة)[3]؛ لتعامل الأمة، وعند الشَّافِعيّ ﵁ في الأرض التي بين النخل تجوز؛ تبعاً للمساقاة، والأصل عندنا ممنوع، فما ظنك بالتبع.

وهو أيضاً غير جائز؛ لأنَّه استئجار البقر بأجر مجهول. وإما أن يكون اثنان من أحدهما، واثنان من الآخر، وهو على ثلاثة أوجه، وذلك إما أن يكون الأرض مع البذر، أو مع البقر، أو مع العمل من أحدهما، والباقيان من الآخر، والأول جائز دون الآخرين، إذ لا مناسبة بين الأرض والعمل، وكذا بين الأرض والبقر».

(١) لأنَّه استئجار ببعض ما يخرج من عمله، فيكون في معنى قفيز الطحان؛ ولأنَّ الأجر مجهول أو معدوم، وكل ذلك مفسد، كما في التبيين٥: ٢٧٨.

(٢) فعن زيد بن ثابت ﵁، قال: (نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، قلت: وما المخابرة؟ قال: أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع) في سنن أبي داود٢: ٢٨٣، ومسند أحمد٥: ١٨٧، وقال الأرنؤوط: صحيح.

(٣) لأنَّها عقدٌ شركة بمال من أحد الشريكين، وعمل من الآخر، فيجوز اعتباراً بالمضاربة، والجامع دفع الحاجة، فإنَّ صاحبَ المال قد لا يهتدي إلى العمل، والمهتدي إليه قد لا يجد المال، فمسَّت الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما، بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القزّ معاملة بنصف الزوائد؛ لأنَّه لا أثر للعمل فيها في حصول الزيادة، فلم تتحقَّق الشركة مع أنَّه ليس فيها عرف، وفي المزارعة عمل الصحابة والتابعين والصالحين مِن بعدهم إلى يومنا هذا بلا نكير، كما في التبيين٥: ٢٧٨. والفتوى على قولهما، كما في الوقاية٥: ٧٤، وفي التصحيح ص٣١٤: «والفتوى على قولهما، قاله قاضي

وهي عندهما على أربع أوجه: إذا كانت الأرض والبذر لواحد، والعمل والبقر لآخر جازت المزارعة، وإن كانت الأرضُ لواحد، والعمل والبقر والبذر لواحد جازت

(**وهي عندهما على أربع أوجه:**

إذا كانت الأرض والبذر لواحد، والعمل والبقر لآخر جازت المزارعة)، وصار صاحبُ الأرض والبذر مستأجِراً للعامل، والبقر تبعاً له، كالآلة في سائر الصنائع.

(**وإن كانت الأرضُ لواحد، والعمل والبقر والبذر لواحد جازت**)، وصار العامل مستأجراً للأرض ببعض الخارج.

خان ﷺ في أوّل الكتاب، وقال أيضاً في كتاب المزارعة: «والفتوى على قولها؛ لتعامل الناس بها في جميع البلدان»، وقال في «الخلاصة»: «والمزارعة جائزة على قولها، والفتوى على قولها»، وقال في «مختارات النوازل»: «وقالا: هي جائزة، وهو اختيار مشايخ بلخ وهو الأصحّ، وعليه الفتوى»، وقال في «الحقائق»: «والفتوى على قولها للتعامل»، وقال في «الصغرى»: «وفي المزارعة والمعاملة والوقف، الفتوى على قول أبي يوسف ومحمّد ﷺ؛ لمكان الضرورة والبلوى»، وقال في «التتمة»: «أخذ الفقيه أبو الليث بقول أبي حنيفة ﷺفي الأجير المشترك إذا هلك عنده الشيء بلا بصنعه، وبه أفتي، وفي المزارعة والمعاملة والوقف الفتوى على قول أبي يوسف ومحمد ﷺ؛ لمكان الضرورة والبلوى»، وقال في «الفتاوى الكبرى»: «المزارعة والمعاملة عند أبي حنيفة ﷺ فاسدتان، وعند أبي يوسف ومحمد ﷺ جائزتان، والفتوى على قولها»، وقال في «الهداية»: «إلا أنَّ الفتوى على قولها؛ لحاجة الناس إليها، ولظهور تعامل الأمة بها، والقياس يترك بالتعامل، كما في الاستصناع»، وقال الإمام المحبوبيّ: «وصحَّت عندهما، وبه يفتى»، ومشى عليه النسفيّ».

وإن كانت الأرضُ والبقرُ والبذرُ لواحد، والعمل لآخر جازت، وإذا كانت الأرضُ والبَقرُ لواحد، والبَذر والعَمل لواحد فهي باطلة، ولا تَصِحُّ المُزارعةُ إلاّ على مُدّةٍ معلومة

(**وإن كانت الأرضُ والبقرُ والبذرُ لواحد، والعمل لآخر جازت**)[1]، وصار صاحب الأرض مستأجراً للعامل ببعض الخارج.

والأصلُ: أنَّ تصرّفات المسلمين تنزل على أَقربِ العقود الجائزة إليها، وأقرب العقود هو الإجارة فتصحّ عليها.

(**وإذا كانت الأرضُ والبَقرُ لواحد، والبَذر والعَمل لواحد فهي باطلة**)[2]؛ لتعذّر وجه الصحّة، فإنَّه لو قُدِّرَ إجارة الأرض فالبقر لا يصير تبعاً، وإنَّما يصير تبعاً للعامل على ما مرَّ، ولو قُدِّرَ إجارة العامل، فلا يصير البذر تبعاً؛ لأنَّه لا ينتفع به إلا بالاستهلاك، ولا نظير في الشرع.

وعن أبي يوسف ﷺ: أنَّه صحيح في هذا الوجه أيضاً؛ اعتباراً لربّ المال إذا دفع دابّة مع المال إلى المضارب ليحمل عليها المتاع.

(**ولا تَصِحُّ المُزارعةُ إلاّ على مُدّةٍ معلومة**)[3]؛ لما مَرَّ أنَّها ملحقةٌ بالإجارة.

---

(١) نَظَمَ هذه الثلاثة الجائزة ابن عابدين في رد المحتار ٦: ٢٧٨، فقال:

أرضٌ وبذرٌ كذا أرضٌ كذا عملٌ   من واحدٍ ذي ثلاثٍ كلُّها قُبِلت

(٢) اعلم أنَّ مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل: وهو أنَّها تنعقد إجارة وتتمّ شركة، وإنَّما تنعقد إجارة على منفعة الأرض أو العامل، ولا تجوز على منفعة غيرهما من بقر وبذر، كفاية، قال ابن عابدين في رد المحتار ٦: ٢٧٨: وقد جمعت هذه الأربعة في بيت أيضاً فقلت:

والبذر مع بقر أو لا كذا بقر   لا غير أو مع أرض أربع بطلت

(٣) قال قاضي خان: قال مشايخ بلخ: لا يشترط بيان المدّة، وتكون المزارعة على أول

(وأن يكون الخارجُ مشاعاً بينهما، فإن شرطا لأَحدهما قُفزاناً مُسمّاة فهي باطلة)[1]؛ لأنَّ القياس يأبى جوازها لجهالة البدل، وإنَّما جوِّزت للتعامل، والتعامل قد جرى كذلك.

السنة، يعني على أوّل زرع يكون في تلك السنة، ثم قال: والفتوى على بيان الوقت على جواب الكتاب، اهـ، وفي الخلاصة: وبيان المدة سنة أو سنتين شرط في المزارعة، وفي المعاملة تصحّ من غير بيان المدّة استحساناً، ويقع على أوّل ثمرةٍ تخرج في تلك السنة، وفي النوازل عن محمّد بن سلمة ﷺ: المزارعة من غير بيان المدة جائزة أيضاً، وتقع على سنة واحدة، يعني على زرع واحد، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وقال: إنَّما شَرَطَ أهل الكوفة بيان الوقت؛ لأنَّ وقت المزارعة عندهم متفاوتٌ ابتداؤها وانتهاؤها مجهول، ووقت المعاملة معلوم، فأجازوا المعاملة ويقع على أول السنة، ولم يجيزوا المزارعة، أما في بلادنا وقت المزارعة معلوم فيجوز، اهـ، وفي البَزّازيّة: وعن محمد ﷺ: جوازها بلا بيان المدة ويقع على أول زرع يخرج زرعاً واحداً، وبه أخذ الفقيه، وعليه الفتوى، وإنَّما شَرَطَ محمد ﷺ بيان المدة في الكوفة ونحوها؛ لأنَّ وقتها متفاوت عندهم وابتداؤها وانتهاؤها مجهول عندهم ووقت المساقاة معلوم، اهـ، فقد تعارض ما عليه الفتوى، كما في الشرنبلالية ٢: ٣٢٥.

(١) لأنَّ به تنقطع الشركة؛ لجواز أن لا تُخرج الأرض إلا ذلك القدر، فيستحقه أحدهما دون الآخر، وكذا إذا شَرَطَ صاحبُ البذر أن يرفع بقدر بذره ويكون الباقي بينهما فهو فاسد؛ لأنَّه يؤدّي إلى قطع الشركة في بعض معيّن أو في جميعه بأن لا تُخرج إلاّ قدر البذر، كما في الجوهرة ١: ٢٧١.

وكذلك إن شرطا ما على الماذيانات والسّواقي، وإذا صَحَّت المزارعةُ فالخارجُ بينهما على الشَّرط، فإن لم تُخْرِج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل

(**وكذلك إن شرطا ما على الماذيانات**(1) **والسّواقي**)(2)؛ لأنَّه يقطع الشركة عن بعض الخارج.

(**وإذا صَحَّت المزارعةُ فالخارجُ بينهما على الشَّرط**): كقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»(3)، (**فإن لم تُخْرِج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل**)؛ لأنَّه لم يستأجره بأجرة في الذمّة، بل ببعض الخارج ولم يوجد.

---

(1) الماذيانات جمع الماذيان: وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول، فارسي معرب، وقيل: ما يجتمع فيه السيل ثم يسقى منه الأرض، كما في المغرب ٢: ٢٦٢.

(2) يعني: شرطاه لأحدهما فهو فاسد، والسواقي جمع ساقية، وكأنَّها التي يسقى بها كلّ الأرض، وهي فوق الجدول، وكذا إذا شرط لأحدهما زرع موضع معيّن أو ما يخرج من ناحية معينة لا يجوز؛ لأنَّه يفضي إلى قطع الشركة؛ لجواز أنَّه لا يخرج إلا مِن ذلك الموضع، وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحبّ فهو فاسد؛ لأنَّه قد تصيبه آفة فلا ينعقد الحبّ ولا يخرج إلاّ التبن، وكذا إذا شَرَطَ التبن نصفين والحب لأحدهما؛ لأنَّه يؤدّي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب، وإن شرطا الحبّ نصفين ولم يتعرّضا للتبن صحَّت المزارعة؛ لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود، ثم التبن يكون لصاحب البذر؛ لأنَّه نماء بذره، وقال مشايخ بلخ: التبنُ بينهما أيضاً؛ اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان؛ ولأنَّه تبع للحبّ والتبع يقوم بشرط الأصل، ولو شرطا الحبّ نصفين والتبن لصاحب البذر صحّت؛ لأنَّه حكم العقد، كما في الجوهرة ١: ٢٧١.

(3) في صحيح البخاري ٢: ٧٩٤ معلقاً، والمستدرك ٢: ٥٧، وسنن البيهقي الكبير ٦: ٧٩، واللفظ له، وسنن الدارقطني ٣: ٢٧، وشرح معاني الآثار ٤: ٩٠، وغيرها.

وإذا فَسَدَت المُزارعةُ فالخارجُ لصاحبِ البِذْر، فإن كان البذرُ من قبـل رَبِّ الأرض فللعامل أَجرُ مثله، ولا يُزاد على مقدارِ ما شُرِط له من الخارج، وقال مُحمَّد ﷺ: لـه أَجْرُ مثلِهِ بالغاً ما بلغ، وإن كان البـذرُ مـن قبـل العامـل فلـصاحبِ الأَرض أجـرُ مثلها، وإذا عُقِدت المزارعةُ فامتنع صاحبُ البَذْرِ من العملِ لم يُجْبَرْ عليه

(**وإذا فَسَدَت المُزارعةُ فالخارجُ لصاحبِ البِذْر**)؛ لأَنَّـه نـماؤه، وغـيره إنَّـما يستحق منه بالشرط، وقد بطل، (**فإن كان البـذرُ مـن قبـل رَبِّ الأرض فللعامـل أَجرُ مثله**)؛ لأنَّ ربّ الأرض استوفىٰ منفعته بعقد فاسد فعليه ردُّهـا، وقـد تعـذَّر، فتجب القيمة، (**ولا يُزاد عـلى مقـدارِ مـا شُرِط لـه مـن الخـارج**)[1]؛ لأنَّ قـد رضي بذلـك.

(**وقال مُحمَّد ﷺ: له أَجْرُ مثلِهِ بالغاً ما بلغ**)؛ لأنَّ تسميةَ بعض الخارج لغـو عند فساد العقد، فصار كأن لم يسمّ شيئاً.

(**وإن كان البذرُ مـن قبـل العامـل فلـصاحبِ الأَرض أجـرُ مثلهـا**)؛ لأنَّ العاملَ استوفىٰ منفعةَ أَرْضِه بعقد فاسد[2].

(**وإذا عُقِدت المزارعةُ فامتنع صاحبُ البَذْرِ من العملِ لم يُجْبَرْ عليه**[3]

---

(1) هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ﷺ، قال في التصحيح: ومشىٰ علىٰ قولهما المحبـوبي والنسفي، كما في اللباب1: 380.

(2) وهل يزاد علىٰ ما شرط له من الخارج؟ علىٰ الخلاف المذكور، ولو جمع بـين الأرض والبقر حتىٰ فسدت المزارعة، فعلىٰ العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح، كما في الجوهرة1: 372.

(3) لأنَّه لا يمكنه المضي في العقد إلا بإتلاف ماله، وهو البذر، وفيه ضرر عليه، فـصار كما إذا استأجر أجـيراً لهـدم داره ثـم بـدا لـصاحب الـدار، لم يجـبر عـلىٰ ذلـك، كـما في الجوهرة1: 372.

وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكمُ على العمل، وإن مات أَحدُ المتعاقدين بَطَلَت المُزارعة، وإذا انقضت مُدّةُ المُزارعة والزَّرعُ لم يُدْرِكْ كان على المزارع أَجْرِ مثل نصيبه من الأرضِ إلى أن يستحصد، والنفقة على الزرع عليهما على قدر حقوقهما

وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكمُ على العمل)[1]؛ لأنَّ الذي من قبله البذر لا يمكنه المضي على العقد إلا بضرر يلزمه، وهو إتلاف البذر، فلا يلزمه، كمَن باع جِذعاً في سقف، وليس كذلك الذي ليس من قبله البذر.

(**وإن مات أَحدُ المتعاقدين بَطَلَت المُزارعة**)[2]؛ اعتباراً بالإجارة.

(**وإذا انقضت مُدّةُ المُزارعة والزَّرعُ لم يُدْرِكْ كان على المزارع أَجْرِ مثل نصيبه من الأرضِ إلى أن يستحصد**)[3]؛ رعايةً للجانبين بالقدر الممكن، (**والنفقة على الزرع عليهما على قدر حقوقهما**.

---

(١) لأنَّه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر، والعقد لازم بمنزلة الإجارة، إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة فيفسخ به المزارعة، كما في العناية٩: ٤٧٣.

(٢) يعني: مات قبل الزراعة، أمّا إذا كان بعدها، فإن مات صاحب الأرض، تركت في يد العامل حتى يستحصد ويقسم على الشرط، وإذا كان الميت هو العامل، فقال ورثته: نحن نعمل في الزرع إلى أن يستحصد وأبى صاحب الأرض، لم يكن له ذلك؛ لأنَّه لا ضرر عليه، وإنَّما الضرر عليهم في قلع الزرع فوجب تبقيته ولا أجر لهم فيما عملوا، وإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل، وقيل لصاحب الأرض: إقلعه فيكون بينكم أو أعطهم قيمة حصتهم والزرع كله لك أو أنفق على حصتهم وتعود بنفقتك في حصتهم، كما في الجوهرة١: ٣٧٢.

(٣) أي: إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر

وكذلك أجرة الحصاد والرِّفاع والدِّياس والتذرية عليهما بالحصص، فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت المزارعة

وكذلك أجرة الحصاد والرِّفاع والدِّياس والتذرية عليهما بالحصص)[1]؛ لأنَّ النفقةَ على الملك، فتقدر بقدر الملك.

(**فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت المزارعة**)[2]؛ لأنَّه شرط لا يقتضيه العقد، وعن أبي يوسف ﷺ: إن شرط الحصاد والدياس من الوسط أو على العامل جاز؛ استحساناً، وهو اختيار المشايخ للتعامل.

مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد الزرع، حتى لو كانت المزارعةُ بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الأرض؛ لأنَّ المزارعةَ لمَّا انقضت بانقضاء المدّة لم يبق للعامل حقّ في منفعة الأرض، وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك، فلا تسلم له مجاناً، والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكري الأنهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد، كما في العناية٩: ٤٧٦.

(١) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة، وهو انقضاء المدّة والزرع لم يدرك، بل هو عام في جميع المزارعات؛ لأنَّ العقدَ يتناهى بتناهي الزرع؛ لحصول المقصود، فيبقى مالٌ مشتركٌ بينهما ولا عقد، فيجب مؤنته عليهما، وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد: كشرط الحمل أو الضمن على العامل، وعن أبي يوسف ﷺ: أنَّه يجوز إذا شرط ذلك على العامل؛ للتعامل اعتباراً بالاستصناع، وهو اختيار مشايخ بلخ، قال شمس الأئمة السرخسي ﷺ: هذا هو الأصح في ديارنا، فالحاصل: أنَّ ما كان مِن عمل قبل الإدراك: كالسقي والحفظ فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية: كالحصاد والدياس وأشباههما، وما كان بعد القسمة فهو عليهما، كما في الهداية٩: ٤٧٧.

(٢) هذا ظاهر الرواية، وأفتى به الحسام الشهيد في الكبرى، وقال: عن الحسن عن أبي

كتابُ المُساقاة

(**قال أبو حنيفة ﷺ: المساقاةُ**[1] **بجزء من الثمرة باطلة**)؛ «لنهيه ﷺ عن المخابرة»، وقال ابنُ الأعرابي ﷺ[2]: وهي تتناول المعاملة والمزارعة جميعاً.

حنيفة ﷺ: أنَّه جائز، وهكذا عن أبي يوسف ﷺ، قال في الخاصي: وصحَّحه الفضليّ ﷺ، وقال في الينابيع: وهو اختيارُ مشايخ خُراسان، قال الفقيه: وبه نأخذ، وقال الإسبيجابي: عن أبي يوسف ﷺ: إن شرطا ذلك على الوسط جاز، وإن شرطا على العامل فكذلك، وهو اختيارُ مشايخ العراق؛ اتّباعاً للتعامل، وقال في مختارات النوازل: وهو اختيار مشايخ بلخ وبخارى للعرف بينهم، كما في التصحيح ص٣١٦.

(١) شرعاً: دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أنَّ الثمر بينهما، كما في الكنز ٥: ٢٨٤. وشروطها شروط المزارعة عند من جوزها إلا في أربعة أشياء:

أحدها: إذا امتنع أحدُهما يجبر عليه؛ لأنَّه لا ضرر عليه في المضي، بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحبُ البذر إذا امتنع.

الثاني: إذا انقضت المُدّة يترك بلا أجر، ويعمل بلا أجر، وفي المزارعة بأجر.

الثالث: إذا استحقّ النخيل يرجع العامل بأجر مثله والمزارع بقيمة الزرع.

الرابع: إذا لم يبيّن فيها المدّة يجوز استحساناً؛ لأنَّ وقت إدراك الثمر معلوم، وقلَّ ما يتفاوت فيه، فيدخل فيه ما هو المتيقن به، وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار؛ لأنَّ له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة، بخلاف الزرع؛ لأنَّ ابتداءه يختلف، والانتهاء مبني عليه، فتدخله الجهالة الفاحشة، كما في التبيين٥: ٢٨٤.

(٢) هو محمد بن زياد، المعروف ب(ابن الأعرابي)، أبو عبد الله، من أهل الكوفة، قال الزركلي: أملى على الناس ما يحمل على أجمال ، ولم يرَ أحد في علم الشعر أغزر منه، من

(**وقالا: هي جائزةٌ إذا ذَكَرَا مدّةً معلومة**[1] **وسَمَّيا جزءاً من الثمرة مُشاعاً**)[2]؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ لَمّا فَتَحَ خيبرَ أَعطاها معاملةً على أنَّ له النصف ولهم النصف[3]، وهذا حجّةٌ لهما في البابين جميعاً، واعتبار التوقيت؛ لأنَّها نوع إجارة.

(**وتجوز المساقاةُ في النَّخل والشَّجر والكرم والرِّطاب**[4] **وأُصول**

مؤلفاته: «تفسير الأمثال»، و«معاني الشعر»، و«تاريخ القبائل»، (١٥٠-٢٣١هـ). ينظر: وفيات الأعيان ٤: ٣٠٦-٣٠٩، والأعلام ٦: ٣٦٥.

(١) القياسُ أن يكون شرطاً؛ لأنَّ ترك البيان يؤدّي إلى الجهالة كما في المزارعة، إلاّ أنَّه تُرِك القياس؛ لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة، ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى إنَّه لو وجد التعامل به في موضع يجوز مِن غير بيان المدّة، وبه كان يفتي محمّد بن سلمة ﷺ، وهذا استحسان، ويقع على أول ثمرة تخرج في أول السنة بخلاف المزارعة، ولو دفع أرضاً ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضاً فيها أصول رطبة نابتة ولم يسمّ المدّة، فإن كان شيئاً ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جذّه وقت معلوم، فالمعاملة فاسدة، وإن كان وقت جذّه معلوماً يجوز ويقع على الجذّة الأولى كما في الشجرة المثمرة، كما في البدائع٦: ١٨٦.

(٢) تحقيقاً للشركة؛ إذ شَرطُ جزء معين يقطع الشركة، كما في اللباب١: ٣٨٢.

(٣) فعن ابن عمر ﷺ: (أنَّه دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها)، وفي لفظ: (إنَّ رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع) في صحيح مسلم٣: ١١٨٦-١١٨٧، وسنن الترمذيّ٣: ٦٦٦.

(٤) الرَّطبة؛ بالفتح: الاسفست، وفي (كتاب العشر): البقول غير الرطاب، فإنَّما البقولُ مثل الكرَّاثّ، ونحو ذلك، والرِّطاب هو: القِثَّاء، والبطيخ، والباذنجان وما يجري

الباذنجان، فإن دفع نخلاً فيه ثمرة مساقاة والثمرةُ تزيدُ بالعمل جاز، وإن كانت قد انتهت لم يَجُزْ، وإذا فسدت المساقاةُ فللعامل أَجر مثله، وتبطل المساقاةُ بالموت

الباذنجان)؛ لما ذكرنا من «معاملة النبيّ ﷺ أهل خيبر»[1]، وهي بلاد كثيرة، فالظاهرُ أنّها تعمّ جميع الأنواع؛ ولأنَّ الحاجةَ تعمَّ الأنواع كلَّها.

وقال الشَّافِعيّ ﷺ: لا يجوز إلا في النَّخل والكرم خاصّة؛ لحديث خيبر، وكانت نخلاً، والحديث بعينه حجّة عليه ـ على ما مرَّ ـ.

(**فإن دفع نخلاً فيه ثمرة مساقاة والثمرةُ تزيدُ بالعمل جاز**)؛ اعتباراً بها قبل وجودها، (**وإن كانت قد انتهت لم يَجُزْ**)[2]؛ لأنَّه إجارة بأجر مجهول، وإنَّما جَوَّزَ بالمعاملة على خلاف القياس لفعله ﷺ، وهذا ليس في معناه.

(**وإذا فسدت المساقاةُ فللعامل أَجر مثله**)[3]؛ لأنَّها نوع إجارة.

(**وتبطل المساقاةُ بالموت**[4].

مجراه، والأوّل هو المذكور فيما عندي من كتب اللغة فحسب، كما في المغرب ص١٩٠.

(١) سبق تخريجه.

(٢) لأنَّ العامل إنَّما يستحق بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك، كما في الجوهرة١: ٣٧٣.

(٣) لأنَّه في معنى الإجارة الفاسدة، وصار كالمزارعة إذا فسدت، ثم عند أبي يوسف ﷺ: له أجر مثله لا يزاد على ما شَرَطَ له، وعند محمد ﷺ: له أجر مثله بالغاً ما بلغ، كما في الجوهرة١: ٣٧٣.

(٤) أمّا موت صاحب النَّخل؛ فلأنَّ النخل انتقل إلى غيره، وأمّا موت العامل؛ فلتعذّر العمل من جهته، فإن مات صاحب النخل والثمرة بسر أخضر، فللعامل أن يقوم عليه

وتفسخ بالأعذار[1] **كما تفسخ الإجارة**)، كما ذكرنا، والله أعلم.

* * *

كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك ولو كَرِهَ ذلك ورثته؛ لأنَّ في ذلك دفع الضرر عن العامل من غير إضرار بالورثة، فإن رضي العاملُ بالضرر بأن قال: أنا آخذ نصيبي بسراً أخضر، فالورثة بالخيار بين ثلاثة أشياء: إن شاءوا صرموه وقسموه، وإن شاءوا أعطوه قيمة نصيبه، وإن شاءوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعون بما أنفقوا في حصة العامل، وإن مات العاملُ فلورثته أن يقوموا عليه وإن كَرِهَ صاحب النخل؛ لأنَّ فيه النظر من الجانبين، وإن أرادوا أن يصرموه بسراً كان صاحب النخل بين الخيارات الثلاثة التي ذكرناها، وإن ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل؛ لقيامهم مقامه، فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار لورثة صاحب النخل على ما بيّنا، وإذا انقضت مدة المعاملة وهو بسر أخضر فللعامل أن يقوم عليه حتى يدرك لكن بغير أجر؛ لأنَّ الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة في هذا؛ لأنَّ الأرض يجوز استئجارها، وكذلك العمل على العامل هاهنا، وفي المزارعة عليهما، كما في الجوهرة1: ٣٧٣-٣٧٤.

(١) ومن جملتها: أن يكون العاملُ سارقاً يخاف عليه سرقة السعف ـ أي جريد النخل ـ والثمر قبل الإدراك؛ لأنَّه يلزم صاحب الأرض ضرراً لم يلتزمه فتفسخ به، ومنها: مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل؛ لأنَّ في إلزامه استئجار الأُجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه، فيجعل ذلك عذراً، كما في الهداية9: ٣٨٣.